

Patrícia Kotzias Aguiar

**O INTERESSE PÚBLICO À TUTELA AMBIENTAL A PARTIR  
DA ESPECIALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO**

Dissertação submetido(a) ao  
Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade Federal de  
Santa Catarina para a obtenção do  
Grau de Mestre em Direito  
Orientador: Prof. Dr. Eduardo de  
Avelar Lamy  
Coorientador: Prof. Dr. José  
Rubens Morato Leite

Florianópolis - SC  
2014

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca  
Universitária da UFSC.

Patrícia Kotzias Aguiar

## **O INTERESSE PÚBLICO À TUTELA AMBIENTAL A PARTIR DA ESPECIALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito.

Florianópolis, 26 de março de 2014.

---

Prof. Luiz Otávio Pimentel, Dr.  
Coordenador do Curso

### **Banca Examinadora:**

---

Prof. Eduardo de Avelar Lamy, Dr.  
Orientador  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Luiz Henrique Cademartori, Dr.  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Pedro Miranda de Oliveira, Dr.  
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Paulo Potiara de Alcântara Veloso, Dr.  
Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina

Prof. Luis Carlos Cancellier de Olivo, Dr.  
Universidade Federal de Santa Catarina  
(suplente)

Dedico este estudo à minha  
pequena família, que dá cor e vida  
aos meus mais grandiosos  
sonhos.

Imprudente ofício é este, de viver em voz alta. Às vezes, também a gente tem o consolo de saber que alguma coisa que se disse por acaso ajudou alguém a se reconciliar consigo mesmo ou com a sua vida de cada dia; a sonhar um pouco, a sentir uma vontade de fazer alguma coisa boa.

(Rubem Braga, 1959)



## RESUMO

A análise realizada pelo presente estudo está adstrita ao problema da especialização de procedimentos para a prevalência da prestação de uma tutela ambiental eficiente e participativa do ponto de vista do processo civil de interesse público. A uniformidade procedimental reflete a concepção individualista e capturada pelo paradigma racionalista do processo civil tradicional. Em frente ao que se propõe, esta dissertação aborda o conteúdo e a natureza dos interesses difusos revelando a sua *intrinseca conflittualità* e sua repercussão para a politização do processo. O acesso à justiça na sociedade aberta de intérpretes revela-se como um método capaz de concretizar a razão de ser do processo, qual seja, a prestação jurisdicional adequada e efetiva. Em meio à transformações nas premissas basilares da ciência jurídica, cabe revisitar as teorias da ação para demonstrar o elo que subjaz entre o direito material e o ordenamento processual. Através de um estudo histórico, encontram-se as vias para (re)construção do processo e do procedimento sob o viés da prevalência da tutela ambiental como resultado do interesse público. Neste sentido, a consideração da relevância social da proteção ambiental revela, na presente dissertação, o enfoque dado ao instituto da legitimidade processual. Da sua análise decorrem a análise da sua natureza jurídica no direito pátrio e dos critérios que a definem em sede de direito comparado. Nesta linha, o presente estudo aufere reflexões acerca da interdisciplinariedade exigida pelo direito ambiental e os desafios que proporciona para sua operacionalização. As respostas dadas pelo ativismo judicial abrem caminhos promissores para consecução do processo civil constitucional. Neste sentido, a especialização do procedimento é, na presente dissertação, eleita como técnica processual apta para realização do interesse público pela prevalência da tutela ambiental efetiva e participativa.

**Palavras-chave:** Interesse Público. Acesso à Justiça. Ações Coletivas. Especialização de Procedimentos.





## ABSTRACT

The review performed in this study is enrolled to the problem of specialization of procedures for the prevalence of providing an efficient and participatory environmental protection point of view of civil procedure of public interest. The procedural uniformity reflects the individualist conception and captured by rationalist paradigm of traditional civil proceedings. On to what is proposed, this dissertation discusses the content and nature of diffuse interests revealing its *intrinseca* conflittualità and its repercussions for the politicization of the process. Access to justice in the open society of interpreters is revealed as a method capable of achieving the final scope of the process, namely, the proper and effective adjudication. Among the transformation of the basics premises of the legal science, the revisitation of the theories of action serves to the purpose to demonstrate the link that underlies between the substantive law and the procedure system. Through a historical study, it's found the ways for (re)constructure of the process and the proceedings beneath the bias of the prevalence environmental protection as a result of public interest. In this sense, the consideration of the social relevance of the environmental protection reveals, in the present dissertation, the emphasis given to the institute of legal standing. In its analyses, derives the study of its legal nature in national law and the criteria that define it on the comparative law. In this line, this study receives reflections about the interdisciplinary required by the environmental law and the challenges that provides for its operationalization. The answers given by judicial activism open promising ways for the achieving the constitutional civil procedure. In this sense, the specialization of the proceedings is elected, by this present essay, as a procedural technique to achievement of public interest by the prevalence of an efficient and participatory environmental protection.

**Keywords:** Public interest. Access to justice. Class actions. Specialization of the procedures.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	17
2	A TUTELA AMBIENTAL ATRAVÉS DA NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO.....	20
2.1.	O DIREITO AMBIENTAL À LUZ DA SOCIEDADE DE RISCO.....	20
2.2.	A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO ATRAVÉS DO RECONHECIMENTO DA <i>INTRINSECA</i> CONFLITTUALITÄ DOS INTERESSES DIFUSOS.....	26
2.3.	O ACESSO À JUSTIÇA NA SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES: O MÉTODO CONCRETISTA DE PETER HÄBERLE.....	34
3	A GENEALOGIA DO PROCESSO E AS BASES METODOLÓGICAS DAS TEORIAS DA AÇÃO.....	44
3.1.	DIREITO E PROCESSO.....	44
3.2.	A CONSTRUÇÃO DA <i>RATIO</i> JURÍDICA NO ESTADO MODERNO.....	48
3.3.	O PANORAMA HISTÓRICO DAS TEORIAS DA AÇÃO.....	53
3.3.1.	O despertar das teorias autonomistas da ação: o debate entre Windscheid e Muther.....	53
3.3.2.	O direito de ação e a veracidade subjetiva do autor: as contribuições de Plósz e Degenkolb.....	56
3.3.3.	A vontade geral da lei: Wach e a teoria da ação como direito concreto.....	58
3.3.4.	A sujeição do réu aos efeitos da sentença: Chiovenda e a ação como um direito potestativo.....	63
3.3.5.	A posição conciliatória de Enrico T. Liebman.....	65
3.4.	O DIREITO DE AGIR APLICADO AOS INTERESSES DIFUSOS: A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL.....	69
4	A LEGITIMIDADE INDIVIDUAL E COLETIVA NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO .....	80
4.1.	A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE E SUA NATUREZA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO .....	81
4.2.	ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO COMPARADO.....	92
4.2.1.	O modelo norte americano como horizonte.....	92
4.2.2.	O modelo comunitário europeu: da estrutura à aplicação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.....	102

4.2.3. O modelo internacional e a limitada legitimidade na Corte Internacional de Justiça.....	110
4.3. UM BALANÇO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS NO DIREITO COMPARADO: NOVAS PERSPECTIVAS PARA O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	115
5 A (RE)CONSTRUÇÃO DO PROCEDIMENTO PARA A PREVALÊNCIA DA TUTELA AMBIENTAL.....	120
5.1.POSITIVISMO, JURISDIÇÃO E INTERDISCIPLINARIEDADE.....	120
5.2.ATIVISMO JUDICIAL <i>VERSUS</i> O PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA.....	126
5.3.EFETIVIDADE E TÉCNICA PROCESSUAL: A ESPECIALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS PARA A PREVALÊNCIA DA TUTELA AMBIENTAL.....	137
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	160
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	164
ANEXO.....	174

## 1 INTRODUÇÃO

A uniformidade procedimental é fruto do pensamento racionalista predominante no positivismo jurídico que fundamenta hoje o Direito. Tratado como ciência, o processo civil tradicional busca segurança e certeza na determinação da regra geral do procedimento ordinário. No entanto, no caminhar da História, verificam-se inúmeros desafios a este paradigma. E um deles é o Direito ambiental.

Não sendo, em verdade, “novos direitos”, a tutela ambiental só poderá ser efetiva e adequadamente prestada quando atendidas suas mais prementes peculiaridades que a definem como um ramo jurídico de natureza híbrida. Ou seja, não só pública; nem só privada. Demasiadamente vinculada à realidade, a tutela ambiental possui características as quais não permitem sua operacionalização nos moldes previstos do processo civil clássico.

São os megaconflitos que manifestam a coletivização da tutela ambiental. A relevância social dos direitos ambientais levada à juízo, exige uma solução para litígios nos quais há uma confluência de fatores que superam o âmbito do reducionismo metodológico da ciência jurídica. Não mais se pode perquirir uma tutela meramente individual a partir de uma jurisdição capturada pelo monopólio estatal.

Os interesses envolvidos para a prestação da tutela jurisdicional ambiental extrapolam as fronteiras do conhecimento jurídico e demandam um viés interdisciplinar e portanto, não previsto por leis e códigos.

A estrutura econômica entra em pauta quando se fala em cultivo de sementes transgênicas no país ou ainda, a destinação final do refugo do plantio da cana de açúcar. Políticas públicas que instituem padrões e critérios de emissão de poluentes tendo em vista questões como mudanças climáticas e planejamento urbano são elementos os quais detêm grande impacto da sociedade como um todo. O Direito, como resultado de um constructo racional-histórico, não pode se satisfazer com apenas uma resposta formal para tais questões. Do mesmo modo, deve-se abster de analisá-las todas, do ponto de vista de um procedimento único.

O presente estudo questiona exatamente a possibilidade de especialização de procedimentos para a prestação de uma tutela

ambiental eficiente e participativa do ponto de vista de um processo civil de interesse público.

Para tanto, objetiva-se demonstrar que a especialização de procedimentos nos casos concretos – aqui concebida como a adequação dos procedimentos às vicissitudes fáticas e jurídicas independente de previsão legal específica – é uma solução para a prevalência de uma tutela jurisdicional ambiental que contemple este interesse difuso e vise a satisfazer suas exigências subjetivas e objetivas.

Deste modo, o capítulo primeiro apresentará uma compreensão acerca do modelo civilizacional da sociedade de risco, que contempla a origem e os resultados nocivos da negligência dos interesses difusos de cunho ambiental. Com isto, será possível refletir sobre a fundamentalidade de tais direitos frente ao que se espera de um Estado de Direito Democrático. Vista a corresponsabilização entre os atores sociais, a materialidade da proteção ambiental está atrelada à uma reconstrução da noção do interesse público. Cumpre ao processo civil, portanto, recepcionar a gama de interesses envolvidos na questão da proteção ambiental através de uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição.

Com o segundo capítulo, objetiva-se especificamente demonstrar as influências da racionalidade científica do positivismo jurídico sobre as teorias do direito de ação. Neste sentido, demonstra-se como se operou o reducionismo metodológico para construção da ciência jurídica e do processo civil como um ramo de conhecimento autônomo. A ruptura da pluralidade e complexidade da vida social com as habilidades e ferramentas postas à disposição do operador jurídico resultam, atualmente, nas dificuldades enfrentadas pelo processo civil na manutenção e resolução de conflitos coletivos de natureza ambiental. Refletir de modo crítico às teorias já desenvolvidas acerca do direito de ação pode levar ao aperfeiçoamento das mesmas, de modo a cumprir com o objetivo do acesso à justiça ambiental.

Para tanto, no terceiro capítulo, almeja-se demonstrar o instituto da legitimidade processual para ações coletivas em sede de direito brasileiro e comparado. Neste sentido, objetiva-se compreender as formas e técnicas utilizadas para assegurar uma tutela jurisdicional ambiental compatível com a constitucionalização do processo civil. O aprofundamento de

modelos cujas raízes advêm de diferentes famílias jurídicas pode oferecer soluções e representar uma aproximação entre tais culturas. Neste sentido, são estudados os modelos norte americanos, europeu e internacional para resolução de conflitos coletivos. Com isto, será possível apresentar uma reflexão crítica acerca das possíveis formas de superar o mito da uniformidade processual.

Por fim, o objetivo do capítulo quarto é versar acerca dos limites e prerrogativas dos sujeitos envolvidos na relação jurídica processual. Com esta conotação, a intenção do presente estudo é apresentar uma releitura orientada pelo interesse público das noções básicas de ação, jurisdição e técnica processual. Mesmo diante das alternativas ao monopólio estatal, a atuação do juiz na confluência de todos os interesses envolvidos – ou a serem envolvidos – para a delimitação da pretensão e da sua operacionalização ganha aqui relevo. É lançado o questionamento se estaria a cultura jurídica preparada para superar seu passado reducionista e contemplar novas formas e participantes no processo de resolução de conflitos ambientais. Deste modo, contrapõe-se o fenômeno do ativismo jurisdicional e dos princípios e institutos processuais do processo civil positivado. A diferenciação das normas processuais e a importância da especialização procedimental na condução e administração do processo é o ponto chave do presente estudo para a (re)construção da noção de tutela de direitos na perspectiva do direito fundamental do acesso à justiça efetivo e participativo.

Para tanto, utiliza-se do método dedutivo para o desenvolvimento do problema sobre a capacidade da especialização de procedimentos na satisfação de uma tutela ambiental eficiente e participativa dentro de um processo civil de interesse público. O método de procedimento aplicado para estruturação de sua hipótese será o monográfico a partir do levantamento bibliográfico.

## 2 A TUTELA AMBIENTAL ATRAVÉS DA NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO

### 2.1 O DIREITO AMBIENTAL À LUZ DA SOCIEDADE DE RISCO

No limiar da tolerabilidade ecológica, a imputação dos danos ambientais queda indeterminável. Em um sistema que há a devida responsabilização por cada ato ilícito, o resultado final do modelo civilizacional degradador permanece anônimo e desvinculado, constituindo, desta forma, a irresponsabilidade organizada<sup>1</sup>. Quando a causa é provocada por todos, e a todos destina-se seu efeito, não há como se determinar o conflito que se origina da própria gênese da sociedade pós-industrial. Através deste funcionamento, a relação de causa e efeito na produção dos danos ambientais é atribuída a todos e, consequentemente, a ninguém, de modo a cobrir sob o manto do anonimato os seus responsáveis. A degradação nunca é especificada, identificada, mensurada; ao contrário, as interações existem sob o dogma do destino natural e iminente do dano. De forma sistêmica, o dano sobre o meio ambiente ultrapassa a resiliência do meio natural impossibilitando a determinação da responsabilização deste ou daquele indivíduo, de forma que a verdadeira força destruidora torna-se a própria sociedade.

No entanto, os riscos civilizacionais apresentam, segundo Beck<sup>2</sup>, um efeito equalizador que torna inócua a delimitação das classes econômicas na sociedade pós-industrial. Desta forma, a crise ambiental não encontra sua fonte em situações de classe; mas em ameaças que atingem todos homoganeamente em razão de seu potencial catastrófico. Assim, ilustrativamente, não é válido dizer que a poluição atmosférica produzida por uma fábrica afete apenas determinadas classes econômicas; ela afeta a sociedade como um todo em decorrência do seu papel para o aquecimento global. Neste sentido, também se pode observar o efeito bumerangue dos riscos civilizacionais que seria o retorno, invariavelmente, dos efeitos decorrentes das situações de ameaça ao seu local de origem; por maiores os esforços para

---

<sup>1</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010, p. 39.

<sup>2</sup> Ibidem, p. 43.



transferi-los. A desigualdade ecológica provocada pela socialização do ônus e privatização do bônus – externalidades ambientais negativas – não impede o efeito bumerangue, apenas retarda a afetação à determinadas classes sociais. Eventos como a baixa da produtividade de grandes áreas de cultivo, alimentos ricos em agrotóxicos, perda da biodiversidade cujo papel para a indústria farmacêutica possui grande relevância, os efeitos provocados pelas mudanças climáticas nos países mais desenvolvidos, e etc. Ou seja, aqueles que oprimem a natureza podem retardar as consequências daninhas de suas atitudes, porém devem ter a consciência que os efeitos de suas ações retornaram à sua fonte, seja nessa ou nas futuras gerações.

Logo, os riscos civilizacionais são elementos essenciais da sociedade pós-industrial. Produzem efeitos irreversíveis, são invisíveis e estão abertos a processos sociais de definição em função da sua interpretação à luz da racionalidade científica. Neste sentido, o sociólogo alemão Ulrich Beck, demonstra que esta sociedade pós-industrial está concatenada em seu prefixo pós, que caracteriza o momento histórico atual. No tocante à modernidade, Édis Milaré leciona que, em termos correntes, seu conceito reflete as transformações políticas, econômicas e sociais que se sucederam após o marco histórico da Revolução Francesa. Para ele, os países desenvolvidos se aproximam mais da noção de modernidade pois detêm, em maior escala, as facilidades da prestação de serviços industrializados em função do bem estar, lazer e consumo<sup>3</sup>. Assim, o que de fato ocorre – por meio da modernidade – é a criação uma sociedade de risco, na qual o contraste entre a produção de riquezas e a produção de riscos transforma as características da estrutura de sua organização social. Ambos surgem como produtos dos processos industriais, porém apresentam próprias e divergentes. De forma sutil, a sociedade de risco evoluiu para distribuição não apenas de suas riquezas, mas inclusive dos riscos deste modelo; sendo que são estes a principal força motriz do progresso econômico. Neste sentido, Beck esclarece:

---

<sup>3</sup> MILARÉ, Édis. Amplitude, limites e perspectivas do Direito do Ambiente. In: MARQUES, José Roberto (org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de Direito Ambiental**. Campinas: Millennium Editora, 2009, p. 122.

A diferença entre sociedade industrial e sociedade do risco não coincide portanto com a diferença entre a 'lógica' da produção e distribuição de riqueza e a 'lógica' da produção e distribuição de riscos, resultando antes do fato de que a *relação de prioridade se inverte*. O conceito de sociedade industrial pressupõe o *predomínio* da 'lógica da riqueza' e sustenta a *compatibilidade* da distribuição de riscos, enquanto o conceito de sociedade de risco sustenta a *incompatibilidade* da distribuição de riqueza e de riscos e a *concorrência* entre suas 'lógicas'".<sup>4</sup>

Portanto, as vantagens geradas pela produção tecnológica e econômica perde o valor predominante frente ao sintoma gerados pelos riscos civilizacionais. Conclui-se, assim que a sociedade de risco é consequência do descontrole e domínio do poder econômico – através do instrumento dos processos industriais – sob o aspecto temporal da civilização, de forma a ameaçar as presentes e futuras gerações. Através do somatório de inovações tecnológicas e de comportamento, a estrutura social foi redefinida de modo a torna-se cada vez mais vulnerável aos processos naturais.

Em última análise, a teoria da sociedade de risco, elaborada por Ulrich Beck, apresenta uma leitura da sociedade contemporânea com base crítica à função nela exercida pela racionalidade científica. É através da regulação do comportamento humano, que institui, no plano social, uma organização vinculada ao sistema mercantil, é que o meio ambiente recebe o duplo papel de propagador e vítima de catástrofes ambientais ao distribuir situações de ameaça capazes de por fim ao próprio modelo que lhes deu origem. Esta equação proporciona um "déficit do pensamento social" de forma a estipular o domínio das ciências naturais na definição, quantificação, distribuição e valorização dos riscos.

Portanto, a racionalidade científica se fundamenta em um conhecimento construído a partir de leis cujo pressuposto metateórico de ordem e estabilidade do mundo está vinculado à

---

<sup>4</sup> BECK, Ulrich, **Op. cit.**, 2010, p. 232 (grifo do autor)

repetição do passado no futuro. Ou seja, estabelece-se uma dependência cognitiva da população ao conhecimento científico – retirando-se, portanto, o referencial axiológico próprio das ciências humanas – configurando os riscos civilizacionais sob a lente das asserções de probabilidade<sup>5</sup>, próprias das ciências naturais.

Muito embora a natureza concebida sob o viés mecanicista prevaleça atualmente como *topo*<sup>6</sup>, a crise ambiental oferece um novo paradigma epistemológico e sociocultural<sup>7</sup>. Neste sentido, Beck demonstra que a problemática acerca do meio ambiente é complexa e seu enfrentamento exige a integração de diferentes áreas de conhecimento para que se supere a racionalidade jurídica tradicional de forma a projetar uma nova episteme que compatibilize o plano normativo com o social.

Assim, com escopo de viabilizar a tutela ambiental, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), promulgada em 1988, reconheceu o meio ambiente sob os auspícios de uma perspectiva nova, capaz de proporcionar maior autonomia ao meio ambiente outorgando-lhe *status* de direito fundamental.

A relevância adquirida pela constitucionalização da problemática ambiental é visível ao pelo espaço concedido pelo texto constitucional que oferece um capítulo exclusivo ao meio ambiente. Nele, o poder constituinte se projeta para a concretização de um novo paradigma, em uma espécie de resposta à sociedade de risco. Como um dos resultados, ocorreu o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no qual – através de princípios informadores próprios – se esboça um ramo autônomo do Direito sem, contudo, esgotar-se nele.

Com efeito, o que se busca com o art. 225, da Carta Magna, e no capítulo “Meio Ambiente” como um todo, é normatizar uma nova sistemática em matéria ambiental em que não se institui apenas direitos, mas igualmente deveres que se revestem no comprometimento do Estado para sobrevivência da

---

<sup>5</sup> BECK, Ulrich, **Op. cit.**, 2010, p. 35.

<sup>6</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 112.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 117.

própria espécie. Deste modo, por força de tal preceito constitucional, a proposta de estabelecer um vínculo entre o indivíduo e a natureza se reflete em um posicionamento de atuação proativa na defesa ao

meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.<sup>8</sup>

Com efeito, a construção de um conceito jurídico de meio ambiente é levada a cabo por diversos doutrinadores. Paulo Leme Affonso Machado considera como meio ambiente tudo que “permite, abriga e rege a vida”<sup>9</sup>; enquanto que, por sua vez, Michael Prieur enxerga o meio ambiente através de conjuntos de fatores influenciadores do meio em que vive o homem<sup>10</sup>. É possível, assim, delinear uma nova perspectiva do conceito jurídico ambiental que abrange de um lado, uma visão estrita, a qual é empregada uma noção de ambiente como expressão de um patrimônio natural e tangível que reflete os recursos naturais. E, por outro lado, uma concepção ampla, que considera a natureza composta apenas de elementos bióticos, mas também, de elementos culturais e de criação do homem, de forma a superar os limites fixados pela Ecologia<sup>11</sup>.

Neste sentido, o meio ambiente não é mais empregado como a *res nullius* do direito romano, ou seja, cuja titularidade é de todos e a todos é garantido o seu acesso independentemente

---

<sup>8</sup> BRASIL, Constituição Federal, Art. 225.

<sup>9</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 127.

<sup>10</sup> PRIEUR, Michael. **Droit de l'Environnement**. 2 ed., Paris, Dalloz, 1991, p. 1-2.

<sup>11</sup> MILARÉ, Édís, 1995 *apud* MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação Civil Pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 9.

de responsabilização por eventual degradação<sup>12</sup>. Agora, ele é recebido pelo art. 225, da Constituição da República Federativa Brasileira de 1998 (CRFB/88), como *res omnium*, cuja coletividade deve, necessariamente, proteger e preservar como forma de uma responsabilidade geral. Dessa forma, apresenta o bem ambiental uma natureza difusa, pois pertence aos integrantes da coletividade cujo uso deve ser comum do povo. Logo, para Fernando Reverendo Vidal Akaoui, o bem ambiental "não se confunde com os de natureza pública ou privada, adequando-se ao conceito legal de bem difuso" de modo a justificar o motivo no qual "se encontram revogados os dispositivos legais que liguem algum bem dessa natureza à dicotomia público/privado"<sup>13</sup>.

Muito já se modificou do tempo em que a proteção ambiental era auferida por providências legislativas de cunho utilitaristas nos quais os recursos naturais - especialmente no período colonial e imperial - realizados de modo fragmentário. A partir da década de 30 e, ganhando força por volta dos anos 60, foram os anos 80 e 90 que consolidaram a conscientização e proteção legislativa ambiental<sup>14</sup>. Assim, quando se fala em proteção ambiental, o que se busca não é a defesa da fauna, da flora ou da água considerados individualmente como era realizado através da promulgação de diversas leis que visavam a tutela ambiental por intermédio da regulação individualizada de cada um deles, a exemplo do Código Florestal (Lei n. 4.771/65), do Código de Caça (Lei n. 5.197/67), dentre outros. Mas, o que se objetiva é uma proteção com características de imaterialidade e intangibilidade, já que o meio ambiente é entendido como um **macrobem** jurídico de natureza pública, cujos elementos

---

<sup>12</sup> SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Orgs.). **Aspectos processuais do direito ambiental**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 235 e 271.

<sup>13</sup> AKAOU, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27 e 37.

<sup>14</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87

corpóreos e incorpóreos e cujos aspectos não se dissociam de uma mesma realidade e permanecem interligados<sup>15</sup>. Em suma, pode-se dizer que

O ambiente integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o meio em que se vive. Daí por que a expressão meio ambiente se manifesta mais rica de sentido (como conexão de valores) do que a simples palavra ambiente. Esta exprime o conjunto de elementos; aquela expressa o resultado da interação desses elementos. O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico<sup>16</sup>.

Portanto, a partir da vontade preservacionista das relações e interações de todas as formas de vida desenvolveu-se uma orientação mais sensível por parte do legislador brasileiro que encampou esta visão ecossistêmica como posição predominante para prestação positiva do Estado em relação à tutela ambiental<sup>17</sup>. Percebe-se, portanto, que se faz necessário a definição e compreensão dos contornos deste bem ambiental. Principalmente, a compreensão quanto à sua natureza que perpassa noções antes muito caras à ciência jurídica, tais como titularidade, público/privado, etc.

## 2.2 A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO ATRAVÉS DO RECONHECIMENTO DA *INTRINSECA CONFLITTULITÀ* DOS INTERESSES DIFUSOS

<sup>15</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Op. cit.**, 2002, p. 13.

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 2.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 15.

Não deixa de ser atual a advertência do historiador e jurista italiano, Paolo Grossi sobre os efeitos da *práxis* econômica no universo jurídico: a imposição de grandes fissuras ao monopólio jurídico estatal. Isso porque o legislador contemporâneo se mostra insuficiente, lento e muitas vezes “capturado” por desejos de partidos políticos em seu cotidiano laboral<sup>18</sup>; ele é hoje um espécime pouco adaptado ao ritmo e necessidades da sociedade como um todo. Os efeitos catalisadores da *práxis* econômica são distribuídos – por meio do fenômeno da globalização – e se convalidam na superação de um sistema jurídico no qual o Código simbolizava a grande utopia de “encerrar o universo jurídico em um texto”<sup>19</sup>. Leciona o autor que o direito moderno se caracteriza como um direito inteiramente público, uma vez que a vida é reprivatizada na produção de normas para e pela sociedade<sup>20</sup>.

Portanto, o direito – “de vários Estados ou do direito comunitário ou do direito internacional”<sup>21</sup> – recebe novos canais de produção de modo a criar, assim, uma pluralidade de sujeitos e fontes. Com advento gradual de uma nova forma de ver o Direito, tem ocorrido o resgate do elo entre ciência do Direito e sociedade civil de modo que a juridicidade readquire seu caráter de auto-ordenamento social<sup>22</sup> dos tempos de outrora.

Não se trata, porém, da busca pela “individualidade privatizada”, pois, esta conduz a uma antiliberdade<sup>23</sup>, pelo contrário. Muitos são os esforços para reconstruir o espaço público como local onde poder e política estão presentes e, principalmente, interligados. Afinal, a nação e a família são institutos cuja função é fornecer “soluções coletivas para os tormentos da mortalidade *individual*”<sup>24</sup>. A era moderna, com sua rebelião contra a sociedade<sup>25</sup>, definiu uma sociedade de massas

---

<sup>18</sup> GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 76.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 80.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 85-86.

<sup>23</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Trad.: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 70.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 45 (grifo do autor).

<sup>25</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad.: Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 82.

na qual se torna cada vez mais fraca a força capaz de manter a coesão social; da capacidade das pessoas de se relacionarem<sup>26</sup>. A retomada do discurso interrompido do bem comum torna a liberdade individual factível e digna de luta<sup>27</sup>, conquistando uma sociedade plural, capaz de partilhar a liberdade individual para as presentes e futuras gerações e empregar sentido e concretude ao anseio mais humano de todos: a imortalidade. Portanto, é através do abandono da estrita dualidade público/privado e com o gradual reconhecimento da sua “diferenciação funcional”<sup>28</sup>, é que será possível uma nova sociedade e, com esta, novos mecanismos de tutela do bem da vida.

Como função precípua, o Direito atua na forma de um “instrumento de ritualização de conflitos”<sup>29</sup> e deposita, em linguagem de significação, todo o conteúdo axiológico da sociedade. Convive-se diariamente com conflitos de alta intensidade que projetam seus efeitos para além das fronteiras clássicas da Nação-Estado. Crimes virtuais, violação de segredo profissional, catástrofes naturais, acordos econômicos de grande vulto, queda de regimes, etc, passam com facilidade do impensável para os repetitivos noticiários.

Com isto, a resposta para os anseios da efetiva pacificação social produziram uma terceira via no mundo jurídico: os direitos metaindividuais. Estes se caracterizam por irem além do marco patrimonialista e consubstanciarem a promoção de uma prestação jurisdicional de viés participativo e de ampla abrangência. Não se trata, propriamente, de novos direitos, mas sim, de consequência da sociedade de massas, em sua complexidade e amplitude. São conflitos de cunho macrossocial<sup>30</sup> que despontam para uma nova faceta da judiciabilidade dos

---

<sup>26</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>27</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Op. cit.**, 2000, p. 113.

<sup>28</sup> KRELL, Andreas J. Interesse público (primário) e interesses difusos no direito ambiental o aspecto “político” de sua concretização. In: **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 63, p. 11-36, jul., 2011, p. 14.

<sup>29</sup> AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, Poder e Opressão**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Alfa-omega, 1990, p. 38.

<sup>30</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 25 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.



interesses. Sendo estes, compreendidos em sentido amplo do *quo inter est* no qual o ordenamento jurídico assegura proteção do interesse que rege a relação entre seu titular e o bem tutelado<sup>31</sup>.

Trata-se do “reconhecimento da insuficiência da dicotomia público-privado” uma vez que são dois campos que se interpenetram e revelam interesses que sintetizam valores predominantes pois são capazes de superar as prerrogativas estritamente individuais<sup>32</sup>. Dentro deste movimento constante e inevitável de transformação social, surgem, portanto, os direitos metaindividuais. Eles caracterizam uma nova ordem coletiva cujos contornos expõem um processo sociopolítico que realinha o “ponto médio entre o Estado e o indivíduo: menos do que aquele; mais do que este”<sup>33</sup>.

Os direitos metaindividuais subdividem-se em três categorias: os individuais homogêneos, os coletivos e os direitos difusos. Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>34</sup> sistematiza tais direitos através de uma pirâmide representativa da crescente **escala de coletivização**. Nesta figura, localizam-se à base os interesses individuais e gradativamente, em razão de uma verdadeira aglutinação destes, advém a categoria dos interesses individuais homogêneos que partilham de uma origem comum e repetem-se pela sociedade em números consideráveis. Logo depois encontram-se os direitos coletivos, caracterizados pela sua representação através grupos ou classes, sendo possível a determinação de seus titulares, ainda que com dificuldade. Por fim, os direitos difusos representam a maior expressão da coletivização que, por seu objeto indivisível e titularidade indeterminável, constituem interesse geral da sociedade.

No presente estudo, cabe destaque aos interesses difusos, em razão de enquadrarem a tutela do meio ambiente e ressaltarem a necessidade de “uma tutela efetiva e não somente nominal destes direitos e interesses não meramente individuais,

---

<sup>31</sup> FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo**: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 36.

<sup>32</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011a, p. 47.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 60.

mas sim, tipicamente coletivos [...]”<sup>35</sup>. Através da terceira via dos direitos difusos, observa-se que o critério legitimador da prestação jurisdicional de conflitos desta envergadura passa a ser a sua **relevância social**<sup>36</sup> uma vez que sua titularidade não é capaz de ser determinada. São direitos inapropriáveis que concernem toda a coletividade.

A indivisibilidade de seu objeto é outra característica que retira os direitos difusos do regime de litigância civil tradicional uma vez que se materializam como uma “espécie de comunhão, tipificada pelo fato de que a satisfação de um implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”<sup>37</sup>. Portanto, o exercício dos interesses difusos não poderá ser feito por meio de quotas-parte, pois, o resultado da tutela terá repercussão, impreterivelmente, à todos os interessados.

No entanto, ponto chave da “dimensão coletiva e incindível”<sup>38</sup> vivenciada pelos direitos difusos diz respeito ao que Massimo Villone determina de *intrinseca conflittualità*. Devido à ausência de um parâmetro jurídico preexistente, os direitos difusos podem se transformar ao longo do tempo e do espaço de modo a apresentar uma gama variada de soluções possíveis sem que, entre elas, haja uma posição axiologicamente “certa” ou “errada”<sup>39</sup>. Por sua derivação de situações de fato contingenciais, esta intrínseca conflituosidade, própria dos conflitos ambientais, exige soluções que requerem escolhas de cunho político<sup>40</sup>, ou seja, um posicionamento orientado pelo interesse público.

Não obstante, o caráter fugaz dos direitos difusos não permite afirmar a “inexistência de uma base normativa própria”<sup>41</sup>,

<sup>35</sup> CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 395, ano 104, pp. 209-224, jan-fev, 2008, p. 216.

<sup>36</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. cit.**, 2011a, p. 27.

<sup>37</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. cit.**, 2011a, p. 98.

<sup>38</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 213.

<sup>39</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. cit.**, 2011a, p. 102.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 145-147.

no sentido de não atingirem o grau mínimo para uma afetação institucional capaz de possibilitar a sua representação. Tampouco cabe a afirmação de que “o interesse legítimo está mais ‘próximo’ do direito subjetivo, ao passo que o interesse difuso mais se aproxima do interesse ‘simples’”<sup>42</sup>. De tal modo que, assentir para a veracidade de tais afirmações equivale negar os direitos difusos como um direito subjetivo “entendido como o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse”<sup>43</sup>.

Tal equívoco revela-se justificável em função da frequência com que a legislação de direitos difusos recorre a conceitos vagos, indetermináveis ou de cunho principiológico<sup>44</sup>. São infinitas as situações de fato que podem dar origem aos direitos difusos sendo, por esta razão, inexequível o uso da estrita legalidade na ocasião da aplicação da norma. No entanto, este fato não dá azo a uma parca fundamentação por parte do julgador. É imperativo reconhecer “o caráter *político* de muitas decisões sobre a defesa de interesses difusos [...] não deve ser colocado em uma falsa oposição ao caráter *jurídico* das decisões judiciais em geral”<sup>45</sup>.

É sabido que o recurso à política é recorrente no Judiciário<sup>46</sup>, devendo a doutrina e jurisprudência lançar esforços para aperfeiçoamento de conceitos como interesse público, social e geral para lhes outorgar autonomia conceitual com *status* dogmático para reduzir, assim, o grau de discricionariedade do julgador<sup>47</sup>. A politicidade da jurisdição deve ter como meta a consecução de objetivos sociais e ser praticada com uma visão multidisciplinar das práticas perfilhadas pela Administração Pública<sup>48</sup>. Portanto, a política deve ser elevada a uma “[...]”

<sup>42</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. cit.**, 2011a, p. 81.

<sup>43</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl.: 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 250.

<sup>44</sup> KRELL, Andreas J. **Op. cit.**, 2011, p. 16.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 17 (grifo do autor).

<sup>46</sup> DAWALIBI, Marcelo. Ação civil pública, escolhas políticas e litigiosidade. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A Ação civil pública após 25 anos**, p. 591-603, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 595.

<sup>47</sup> KRELL, Andreas J. **Op. cit.**, 2011, p. 18.

<sup>48</sup> DAWALIBI, Marcelo. **Op. cit.**, 2010, p. 594.

disciplina de disciplinas ou como sistema virtualmente integrador de outros sistemas.”<sup>49</sup>.

Como se vê, os direitos metaindividuais possuem como denominador comum os interesses geral, social e público<sup>50</sup>; sendo o **interesse público** uma categoria totalizante legitimadora da existência do Estado que vigora como um postulado ético-jurídico<sup>51</sup>.

É conhecida a clássica distinção de Renato Alessi em interesse público primário e secundário para demonstrar eventuais incongruências entre interesses do Estado e dos governantes. O interesse público primário é aquele que atende aos anseios sociais ou da coletividade como um todo, identificando-se com os interesses sociais e alguns autênticos interesses difusos, como por exemplo, do meio ambiente<sup>52</sup>. O interesse público secundário, por sua vez, caracteriza-se pelo conteúdo outorgado pela Administração à finalidade pública, ou seja, o conceito material de interesse público definido pelo Estado.

No entanto, tal classificação encoraja a antiga crença da polaridade entre Estado e sociedade civil, em um antagonismo maniqueísta hoje superado. Na era moderna, com acesso ampliado à informação, as relações de força que competem para o acúmulo de poder são visivelmente originadas ora do poder estatal ora da sociedade civil. Isto ocorre porque o

Estado e sociedade se permeiam mutuamente, todos os assuntos até agora estatais se tornam sociais e, vice-versa, todos os assuntos até agora ‘apenas’ sociais se tornaram estatais como sói acontecer, necessariamente, numa comunidade democraticamente organizada<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> ANTUNES, Manuel, 1997 *apud* DAWALIBI, Marcelo. **Op. cit.**, 2010, p. 594.

<sup>50</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. cit.**, 2011a, p. 39.

<sup>51</sup> KRELL, Andreas J. **Op. cit.**, 2011, p. 14.

<sup>52</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **Op. cit.**, 2012, p. 49.

<sup>53</sup> SCHMITT, Carl *apud* KRELL, Andreas J. **Op. cit.**, 2011, p. 22.

Logo, o interesse público deve ser entendido como um “conceito-guia”<sup>54</sup>, com múltiplas funções para o Estado, permitindo a filtragem de diferentes valores confrontados na vida social de modo a vigorar “como um princípio totalizador dos interesses tutelados pelo direito”<sup>55</sup>. O interesse público é, portanto, uma categoria intermediária que expressa uma relação típica formada pelo Estado, indivíduo e coletividade de modo a constituir uma síntese normatizada de interesses da sociedade, sendo vedado ao ente estatal a sua definição de modo unilateral<sup>56</sup>.

Neste sentido, o interesse público é tido como interesse metaindividual compartilhado pela sociedade civil sendo capaz de provocar, eventualmente, um conflito entre indivíduo e Estado no que diz respeito à forma de sua gestão<sup>57</sup>. Inobstante, os direitos difusos não constituem uma subespécie do interesse público, uma vez que “nem todos os interesses difusos são compartilhados pela coletividade ou comungados pelo Estado [...]”<sup>58</sup>.

A realidade complexa, diluída pelo cotidiano cada vez mais acelerado e indiferente, demonstra o mito da *summa divisio* que hoje não apresenta mais o abismo entre o público e privado. Logo, emergem interesses que não são públicos na acepção clássica do conceito porém são eminentemente coletivos, dos quais “ninguém e todos são seus titulares”<sup>59</sup>.

Na lição de Peter Häberle, o interesse público figura no papel de mediador entre o *social* e o *jurídico*, de forma a compreender as diferentes correntes da realidade e sintetizá-las numa categoria do Direito<sup>60</sup>. Em função da “densidade jurídica

---

<sup>54</sup> KRELL, Andreas J. **Op. cit.**, 2011, p. 18.

<sup>55</sup> FARIA, José Eduardo. A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**, p.79-90. São Paulo: RT, 2003, p. 79.

<sup>56</sup> KRELL, Andreas J. **Op. cit.**, 2011, p. 12.

<sup>57</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. cit.**, 2011a, p. 147.

<sup>58</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **Op. cit.**, 2012, p. 54.

<sup>59</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 15, n. 59, pp. 23-47, jul/set, 2007, p. 29.

<sup>60</sup> KRELL, Andreas J. **Op. cit.**, 2011, p. 19.

variável”<sup>61</sup> deste conceito, é apresentada uma estreita vinculação à noção de *bem comum*; verdadeiro *topoi* para a manutenção das relações intersubjetivas entre particulares e Estados.

### 2.3 O ACESSO À JUSTIÇA NA SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES: O MÉTODO CONCRETISTA DE PETER HÄBERLE

A necessidade de construção de um espaço comum para expressão do interesse público decorre da viabilização da proteção ambiental através da participação. A definição de meios e mecanismos para concretização dos valores afetos ao interesse público resguarda estreita harmonia com a consecução dos interesses difusos e estabelece um novo momento para o acesso à justiça.

A noção de acesso à justiça revela uma dimensão social desse valor nas sociedades contemporâneas. Já é dominante o entendimento no qual a mera existência dos direitos não é suficiente para a realização da finalidade maior do Direito que seria a pacificação social. Assim sendo, evoluindo-se do aspecto formal da lei posta, deve a ciência jurídica compreender as intrincadas facetas do acesso à justiça como dinâmica jurídica essencial.

No entanto, cuida-se em definir o sentido de **acesso à justiça**. Observa-se na doutrina que seu conceito está atrelado vezes à um “direito”, noutras à um “princípio” e, ainda, em diversas oportunidades categoriza-se como uma “garantia”<sup>62</sup>. Para Antônio Herman V. Benjamin, a expressão detém dois enfoques: o acesso à justiça *stricto sensu* caracteriza-se como o acesso à tutela jurisdicional, ou seja, a composição dos litígios por intermédio da via judicial. O acesso à justiça *lato sensu* remete a expressão ao significado de acesso à tutela de direitos ou interesses violados – através de quaisquer meios compositivos – ou ainda, o conteúdo integral do conceito como

<sup>61</sup> KRELL, Andreas J. **Op. cit.**, 2011, p. 19.

<sup>62</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b, p. 337.

sendo o acesso ao Direito, ou melhor, à uma ordem jurídica justa, conhecida e implementável<sup>63</sup>.

Da mesma forma, é possível classificar o acesso à justiça considerando o plano dos sujeitos envolvidos. Neste sentido, a distinção pode decorrer quanto ao acesso individual ou supraindividual (coletivo) ou, ainda, quanto ao acesso direto/acesso indireto à justiça. Assim, poderá o acesso à justiça ser exercido individualmente através de ações de eficácia *inter partes* ou ainda, poderá transformar-se numa matéria de cunho coletivo concretizada por um processo coletivo ou cuja eficácia detenha tal alcance. Há ainda a possibilidade que o acesso à justiça ocorra de modo direto – sendo pelo próprio titular do interesse violado – quanto indiretamente por intermédio de associações, organismos oficiais, entre outros. Nestes último aspecto, pode-se dizer que ganha a demanda um perfil de acesso público, tendo o lesado um papel passivo frente à atuação do órgão público protagonizador da atuação<sup>64</sup>.

A prestação jurisdicional deve ter como objetivo basilar de seu funcionamento a consecução da qualidade de vida digna e plena, para presentes e futuras gerações<sup>65</sup>, visto que suas decisões são instrumentos para construção da sistemática de sustentabilidade e irão afetar todas as formas de vida no futuro<sup>66</sup>.

Em sentido amplo, o acesso à justiça vem sofrendo transformações em seu significado. Juntamente com a evolução do Estado liberal para o *Welfare State*, viu-se o princípio do acesso à justiça apresentar contornos mais substanciais através de uma atuação positiva e gradualmente abandonar, como exclusiva, a característica formal do acesso à ação e seus procedimentos. Com base no caráter coletivo das sociedades

---

<sup>63</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública: lei 7347/85, reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 74-75.

<sup>64</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. **Op. cit.**, 1995, p. 76.

<sup>65</sup> BODNAR, Zenildo. A sociedade de risco e os novos desafios para a jurisdição. In: **VII Jornada Luso-Brasileira de Direito do Ambiente**, 2010, Florianópolis. Anais da VII Jornada Luso-Brasileira de Direito do Ambiente. Florianópolis/Lisboa: UFSC/ILP, 2010, v. 7, p. 1196.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 1199.

modernas, a visão individualista deve coexistir com técnicas processuais cuja aplicação possua finalidades sociais, de forma a reconhecer

que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada [...] e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência é executada, em benefício de quem e com que impacto social<sup>67</sup>.

Especificamente, para conflitos cuja titulariedade é indeterminada, existe uma gama de garantias e medidas que dão a oportunidade de analisar as perspectivas sociais e ecológicas com o fim de efetivar direitos de natureza difusa, transgeracional e global. Assim, o princípio de acesso à justiça, atualmente renovado, constitui um compromisso à efetiva tutela ambiental quando concentra conteúdo essencial para o redimensionamento dessas perspectivas, cujos institutos basilares são os próprios direitos fundamentais<sup>68</sup>.

Sob a perspectiva legal, o conceito de acesso à justiça encontra sua conformação semântica em sede do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. No entanto, o conceito melhor se encontra densificado a partir de dois outros documentos normatizantes: a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça<sup>69</sup> e a Exposição de Motivos do Projeto de Lei n. 8.046/2010 da Câmara sobre o novo CPC. O primeiro dispõe acerca da Política Judiciária Nacional e considera que o direito fundamental do acesso à justiça assente no texto constitucional implica não apenas numa vertente formal de viabilização da tutela nos órgãos judiciários, como também implica no acesso à uma ordem jurídica justa. Soma-se a isto o

---

<sup>67</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão: Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 12-13.

<sup>68</sup> BODNAR, Zenildo. **Op. cit.**, 2010, p. 1199.

<sup>69</sup> DJe de 01.12.2010 com republicação em DJe de 01.03.2011.



projeto de lei do novo CPC que dispõe, no item 2, acerca da pretensão em converter o processo em um verdadeiro instrumento inserido no contexto social cujos efeitos sejam ali produzidos. Prega pela satisfação efetiva das partes, ainda que não seja ela necessariamente imposta pelo juiz mas, porque não, por elas criada<sup>70</sup>.

Logo, percebe-se que o acesso à justiça é um direito fundamental cuja materialidade irradia a necessidade de superar os limites da tutela individual e direta e mesmo do próprio monopólio estatal, no sentido de proporcionar uma solução adjudicada<sup>71</sup> eficaz e justa entendida como uma garantia não apenas individual, mas sim, coletiva.

No entanto, deve-se ponderar sobre as dificuldades apresentadas por esta abordagem com vistas a retirá-la do âmbito de norma programática. O acesso à justiça pode, portanto, ser problematizado a partir de dois aspectos principais: a questão da efetividade dos direitos – aqui entendida como “um mínimo de utilidade”<sup>72</sup> – e a busca de formas ou mesmo de métodos para o controle racional do aparato conformador do acesso à justiça, bem como, a proteção oferecida por este contra abusos<sup>73</sup>.

Existem barreiras de ordem objetiva e barreiras subjetivas ao acesso à justiça. As barreiras objetivas, também conhecidas como práticas ou econômicas, são aquelas relacionadas com a onerosidade do processo judicial em função dos honorários, despesas processuais e periciais. Neste sentido, o maior impeditivo se verifica quando há um desequilíbrio econômico entre as partes que muitas vezes não se mostra visível no processo. Ou ainda, em função da relação estabelecida entre o agente econômico e os titulares de direitos ambientais ser tipicamente uma relação de massa, há ocasiões em que o valor global do dano produzido produzido por uma conduta não ser

---

<sup>70</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. cit.**, 2011b, p. 338.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 339.

<sup>72</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. Definindo a jurisdição e o foro competentes nos contratos de transporte marítimo. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimurra**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 309.

<sup>73</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Op. cit.**, 2008, p. 214.

passível de identificação tendo em vista que os litígios que dele decorrem encontram-se pulverizados em várias ações individuais. No tocante as barreiras subjetivas – ou culturais – são aquelas em que o desconhecimento da lei pelo titular, ou ainda, o seu distanciamento do Direito em razão da linguagem processual-forense também constituem um fator impeditivo do acesso à justiça<sup>74</sup>.

Inúmeras são as barreiras, por assim dizer, ao acesso à justiça em matéria ambiental. A característica difusa do seu interesse transforma, portanto, a proteção ambiental em um desafio cujas repercussões caminham de mãos dadas à perspectiva do interesse público. A construção de um espaço comum viabilizador de métodos compositivos participativos e eficientes apresenta-se, mais do que nunca, necessária não apenas para o Direito ambiental mas, também, para o processo civil. Compreender o acesso à justiça como um interesse difuso implica na incorporação no meio jurídico-jurisdicional de novas fórmulas mais céleres e, igualmente, de “uma problematização dos métodos clássicos desde um interrogante acerca de sua eficácia como mecanismo apto” à responder de forma suficientemente satisfatória aos litígios em curso<sup>75</sup>.

Em face de tais questões verifica-se a necessidade de readequação dos instrumentos que estruturam o acesso à justiça em matéria ambiental. A construção de novos mecanismos se faz necessária e presente no momento em que se percebe a complexidade dos interesses difusos e a pressão que exercem nos institutos clássicos. A ciência jurídica deve se reestruturar para recepcionar uma nova sociedade cujo funcionamento contempla uma cadeia de relações profundamente afetadas pela dinâmica entre múltiplos atores e interações que obedecem uma lógica sistêmica.

Considerando que o acesso à justiça e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constituem direitos fundamentais, torna-se necessária a sua operacionalização através de uma interpretação que congloba seus valores essenciais e os sujeitos envolvidos. Não basta uma simples

---

<sup>74</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. **Op. cit.**, 1995, p. 107-111.

<sup>75</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Coord.). **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Fortaleza: ABC, 2003, p. 90.

subsunção da norma constitucional pelo operador do Direito para que se dê por garantida a tutela jurisdicional. Como direitos fundamentais, possuem uma dimensão axiológica na qual incorpora e expressa valores e objetivos fundamentais da comunidade sendo, em verdade, direitos cuja eficácia transcende um ângulo meramente individualista e apresenta uma função axiologicamente vinculada com a sociedade na sua totalidade. Assim sendo, os direitos fundamentais apresentam-se como direitos transindividuais que cuidam de valores e fins que devem ser respeitados pela comunidade<sup>76</sup>.

Verifica-se, portanto, que a interpretação dada ao conteúdo do acesso à justiça e do meio ambiente ecologicamente equilibrado deve contemplar a abertura e flexibilidade necessárias para um sistema de direitos fundamentais “receptivo aos novos conteúdos e desenvolvimentos” e, ainda, “integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante”<sup>77</sup>.

Neste sentido, busca-se uma metodologia capaz de realizar, com máxima efetividade, o universo histórico, político e social inserido na norma. Ou seja, capaz de resgatar os mecanismos concretizadores dos valores e objetivos inseridos no direito fundamental de modo à compatibilizar seu programa com a realidade. Portanto, é necessário uma metodologia que, tal qual o sistema dos direitos fundamentais, seja aberta e flexível aos interessados e sua realidade.

Neste sentido, a doutrina da sociedade aberta dos intérpretes da constituição como uma contribuição **pluralista e procedimental**, de Peter Häberle figura-se como uma teoria consonante com as exigências do interesse difuso ambiental e do conceito-guia de interesse público. Com uma proposta de mediação específica entre Estado e sociedade, Peter Häberle propõe uma construção hermenêutica das normas constitucionais a partir dos objetivos e métodos nela inseridos e, também, a partir da interpretação de cada um destes à ela vinculado, num aspecto de abertura participativa da comunidade.

---

<sup>76</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual e amp. 3 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 145-146.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 72.

Essas outras forças que participam do processo hermenêutico no qual a sociedade aberta é composta demonstra “que a interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático”<sup>78</sup>.

Caracteriza-se como uma teoria que propõe a democratização da interpretação constitucional sendo esta centrada em dois pontos principais: a temática relacionada às “tarefas e objetivos da interpretação; e a questão acerca dos métodos, que envolve o processo da interpretação e suas regras”<sup>79</sup>. Peter Häberle expõe, assim, a existência de uma interpretação limitada pois está centrada na exclusiva atividade do juiz. Para o autor, a interpretação exige uma perspectiva ampliada que supere sua concepção original de atividade consciente e intencional dirigida à explicitação do sentido da norma, ou seja, de um texto<sup>80</sup>.

Propõe, portanto, a compreensão do sentido material do conceito de legitimação e procedimento para que se amplie o círculo de intérpretes e tenha-se como consequência a integração da realidade no processo de interpretação. O principal fundamento da validade dessa inclusão decorre do fato de que todos estão vinculados à constituição: os partidos políticos, os grupos, os cidadãos, ainda que de modo diferenciado. Desta forma, “resta evidente aqui que uma vinculação limitada à Constituição corresponde a uma legitimação igualmente mais restrita”<sup>81</sup>.

Deste modo, busca Peter Häberle uma síntese entre o texto constitucional e a realidade constitucional com enfoque no papel fundamental o qual os agentes que conformam esta realidade exercem<sup>82</sup>. Assim, “todos aqueles que vivam a norma devem ser

---

<sup>78</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 23.

<sup>79</sup> RICHE, Flávio Elias; FERREIRA, Natália Braga. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: limites e possibilidades de aplicação à realidade constitucional brasileira. In: **Revista Sequência**, n. 60, p. 257-274, jul., 2010, p. 265.

<sup>80</sup> HÄBERLE, Peter. **Op. cit.**, 1997, p. 14.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>82</sup> RICHE, Flávio Elias; FERREIRA, Natália Braga. **Op. cit.**, 2010, p. 265.

considerados como forças produtivas da interpretação”<sup>83</sup> uma vez que a interpretação é um processo aberto e ativo que “conhece possibilidades e alternativas diversas”<sup>84</sup>.

A construção de uma interpretação legítima parte, destarte, a interseção encapada na figura do juiz entre os campos da realidade e da lei. Trata-se aqui de uma via dupla estabelecida entre os tribunais e os participantes, na qual o aprendizado flui em ambos os sentidos.

Desqualificando o processo constitucional como única via de acesso ao processo de interpretação, Peter Häberle defende uma legitimação decorrente das reflexões teórico-constitucionais. Por este motivo, o papel dos participantes apresenta tão elevado relevo, pois, para o autor, são estes que estruturam a própria esfera pública:

Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em seu sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispondo sobre a organização própria da sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como mero objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos. [...]. A praxis atua aqui na legitimação da teoria e não a teoria na legitimação da praxis. Como essas forças compõem uma parte da realidade constitucional e da publicidade (*konstitutionelle Wirklichkeit und Öffentlichkeit*), tomam elas parte na interpretação da realidade e da publicidade da Constituição!<sup>85</sup>

Em suma, a doutrina da sociedade aberta de Peter Häberle propugna pela inclusão do fato interdisciplinar agregado pela expansão do círculo de participantes da interpretação constitucional. Neste sentido, destaca o autor “o relacionamento íntimo existente entre Estado e sociedade, espaço público e

<sup>83</sup> RICHE, Flávio Elias; FERREIRA, Natália Braga. **Op. cit.**, 2010, p. 266.

<sup>84</sup> HÄBERLE, Peter. **Op. cit.**, 1997, p. 30.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 33-34.

interesse público”<sup>86</sup>, que de modo pluralista abandona a hermenêutica tradicional para proporcionar um processo personalizado e materialmente vinculado à realidade.

O seu descontentamento em relação ao positivismo lógico-formal caracteriza a doutrina da sociedade aberta de intérpretes um **método concretista**<sup>87</sup> que dá relevância ao espaço público para construção de técnicas e mecanismos capazes de realizar os valores e objetivos dos preceitos constitucionais. E faz tudo isso considerando, interpretativamente,

os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis) . Considerem-se algumas questões como aquelas relacionadas com a defesa do consumidores ou a defesa do meio-ambiente. Aqui manifestam-se os “interesses públicos” ou, segundo a terminologia de Habermas, os interesses aptos a serem generalizados (*verallgemeinerungsfähigen Interessen*)<sup>88</sup>.

Evidencia-se, dessa forma, que a principal questão que se apresenta à Ciência Jurídica não diz respeito propriamente às normas em si consideradas, mas sim, às soluções as quais devem ser por elas viabilizadas<sup>89</sup>. Logo, o exame das situações concretas e dos interesses envolvidos só será adequadamente refletido quando existentes normas procedimentais capazes de conglobar a contribuição dos participantes e suas interpretações capazes de definir os contornos da realidade fática no plano jurisdicional.

Nessa perspectiva, a edificação de um espaço público apto à concatenar o bem comum através da tutela dos interesses

---

<sup>86</sup> TORRES, 1995 *apud* RICHE, Flávio Elias; FERREIRA, Natália Braga, **Op. cit.**, 2010, p. 270.

<sup>87</sup> RICHE, Flávio Elias; FERREIRA, Natália Braga, **Op. cit.**, 2010, p. 264.

<sup>88</sup> HÄBERLE, Peter. **Op. cit.**, 1997, p. 46.

<sup>89</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. In: **Revista Brasília**, a. 35, n. 137, jan./mar., 1998, p. 20-21.

difusos e do seu acesso à justiça pode receber máxima efetividade quando reinterpretado o conceito de direito de ação. Como uma posição subjetiva juridicamente garantida, o direito de ação torna-se um poder vinculado à constituição de modo a conformar a dimensão processual dos direitos fundamentais.

A importância das técnicas procedimentais para a materialização do núcleo-duro dos direitos fundamentais revela uma nova tendência para o acesso à justiça e uma resposta à demanda dos interesses difusos, em especial, dos conflitos de cunho ambiental. Portanto, cabe compreender a conformação histórica do direito de ação e as perspectivas delineadas pela doutrina para sua reformulação.

### 3 A GENEALOGIA DO PROCESSO E AS BASES METODOLÓGICAS DAS TEORIAS DA AÇÃO

Para que haja total compreensão do impasse provocado pelo reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente sadio em face da dinâmica individualista do processo civil é preciso antes refletir sobre o surgimento deste. Sabe-se que o processo civil é uma área de conhecimento com raízes muito mais antigas que as do direito ambiental, tendo ele sofrido diversas transformações de modo a caminhar progressivamente no sentido de seu amadurecimento e aperfeiçoamento. Não obstante, com o surgimento dos conflitos de cunho metaindividual, observa-se a renovação da episteme que estrutura e organiza o direito material, qual seja; o processo civil.

#### 3.1 DIREITO E PROCESSO

Para compreender os desafios na interação deste novo Direito – de interesse difuso – com o processo civil, em primeiro lugar, deve-se construir uma visão panorâmica do que constitui essa área de conhecimento indispensável para a consecução daquela. O seu surgimento, o contexto de sua reorientação metodológica, a marca característica do individualismo, seus princípios informadores e, por fim, as teorias desenvolvidas para compreensão do direito de ação.

Dito isso, é importante ponderar que as “normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”<sup>90</sup>. O contexto histórico, político e social determina a formação e o surgimento do conjunto de normas jurídicas que compõe o ordenamento vigente.

Aqueles que estudam a História do Direito e o Direito Comparado utilizam-se da classificação de famílias jurídicas proposta por René David para analisar os sistemas contemporâneos em função de seus traços principais, princípios

---

<sup>90</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad.: Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 19.



e características comuns que os conectam. Para o autor, existe uma multiplicidade de direitos dentro dos quais cada fenômeno jurídico detém sua própria complexidade<sup>91</sup>. Por este motivo, cada sistema:

Emprega um certo vocabulário, correspondente a certos conceitos; agrupa regras em certas categorias; comporta o uso de certas técnicas para formular regras e certos métodos para as interpretar; está ligado a uma dada concepção da ordem social, que determina o modo de aplicação e a própria função do direito<sup>92</sup>.

Por este motivo, René David oferece a noção de famílias do Direito para classificar e organizar a multiplicidade de direitos a partir dos elementos subjacentes às normas que permitiram a continuidade histórica de tais agrupamentos. Dentro da classificação do autor, podem-se identificar três famílias: a romano-germânica, os sistemas socialistas e a família da *common law*<sup>93</sup>.

O processo civil, especificamente, caminhou no sentido de continuar adaptação tanto para sua consolidação como área do conhecimento sistematizada quanto para a satisfação de suas premissas básicas. Suas raízes presentes na família jurídica romano-germânica apresentam exemplos pontuais desta evolução. Atualmente, o processo é entendido como

[...] um ato jurídico complexo resultante de um núcleo de direitos fundamentais – tais como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal – que atuam sobre uma base procedimental, não apenas com o objetivo de declarar, mas principalmente com

---

<sup>91</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 15.

<sup>92</sup> Ibidem.

<sup>93</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 11.

o fim de satisfazer os direitos no mundo dos fatos, na vida dos litigantes.<sup>94</sup>

Até a construção deste entendimento muito se passou na história do direito processual civil. Suas primeiras considerações proporcionariam o fortalecimento do direito romano através do transcurso do tempo. Após o IV Concílio de Latrão, o processo tornou-se mais racional e igualmente mais formal, abandonando a oralidade pela escrita. A expansão do “novo” processo pelo continente europeu transformou o juiz em encarregado pela direção do processo (*Richter*) e, com isso, entre os séculos XII e XVI, a administração da justiça era realizada por juristas letrados, provenientes de universidades que lecionavam o direito romano. A jurisprudência, decorrente da função exercida por esses atores, gerou um grande impacto para a formulação das regras jurídicas e evolução do direito como expressão do justo – *id quod justum est* – e não como ordens advindas de soberanos<sup>95</sup>.

No direito romano primitivo, aquele que lançava o apelo à autoridade, ou seja, dava início à atividade jurisdicional era, em verdade, o devedor do direito material. Este foi o caso das ações de nunciação de obra nova (*novi operis nuntiatio*), um dos mais antigos tipos processuais que se tem notícia, onde o titular do direito material apenas agia de modo a nunciar obra que entendia potencialmente ofensiva ao seu direito. Por conseguinte, caberia ao nunciado agir reconhecendo a legitimidade do *ius prohibendi* e cessando com a continuidade da obra, poderia ele solicitar à autoridade uma declaração da inexistência do *ius prohibendi* a qual o nuciante clama possuir ou, por fim, prestar caução para eventuais danos futuros da obra embargada. Portanto, com este exemplo, Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes destacam o fato de que “a ‘ação’ processual era exercida, originalmente, por aquele a quem se atribuía a condição de devedor, e não, como modernamente acontece, por aqueles que se dizem credores”<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. In: **Revista de Processo**, v. 34, n. 173, pp. 95-128, jul. 2009.

<sup>95</sup> DAVID, René. **Op. Cit.**, 1998, p. 40.

<sup>96</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da.; GOMES, Luiz. **Op. Cit.**, 2011, p. 14.

Outra grande transformação sofrida pelo processo civil desde suas origens romano-germânicas se operou sobre as ações que envolviam negócios jurídicos obrigacionais ou reais. Isto porque, o entendimento à época era de que entre eles havia uma diferenciação na forma de sua satisfação. Enquanto aos primeiros era imposto ao obrigado uma manifestação positiva em função do ato negocial, aqueles que discutiam obrigações de cunho de direito real deveriam agir simplesmente cedendo a tomada da posse por parte do adquirente frente ao caráter potestativo deste direito. Ou seja, em função de uma diferenciação advinda do direito material, as formas de tutela prestadas pela atividade jurisdicional eram modificadas. Com o tempo verificou-se a superação dessa classificação e, igualmente, uma inversão do modo de satisfazer a demanda. Observa-se que hoje, o comportamento passivo de limitar-se em face da afirmação do direito da outra parte transformou a antiga *vindicatio* – de cunho executivo – em uma pretensão condenatória cuja obrigação de entrega da coisa é do devedor. Desta forma, assevera Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes que:

Entre a *patientia praestare*, simplesmente suportada pelo vencido na reivindicatória, e o *dever de restituir a coisa*, imposto pela sentença condenatória, vai a diferença entre a pretensão executiva e a pretensão meramente condenatória. Como se vê, neste exemplo, o processo manteve-se fiel ao direito material, mesmo a custo de sacrificar seus conteúdos mais significativos<sup>97</sup>.

É possível afirmar, com isto, que mesmo no período romano, o processo civil se encaminhou no sentido de redução da sua rigidez na observação da forma pelos litigantes para a

---

<sup>97</sup> Ibidem, p. 14 (grifo dos autores).

abertura do procedimento<sup>98</sup>; tanto por consequência das peculiaridades do direito material como pelo modo em que se administrava a justiça naquele período.

Como se observa, mesmo restrito ao âmbito do direito romano, o processo civil sofreu diversas transformações no sentido de adaptar-se à ideologia e necessidades de seu tempo. Porém, como é de se esperar deste período histórico, a preocupação com a ordem científica da disciplina do processo civil era de menor importância, sendo o principal foco o aprimoramento de suas práticas e praxes. Com o tempo, o processo civil recebeu a alcunha de direito judiciário, em clara derivação da designação do direito romano para o termo processo – *iudicium* – e em função do seu protagonista: o juiz. No entanto, por influência germânica este ramo jurídico concedeu a atual denominação de direito processual<sup>99</sup>.

### 3.2 A CONSTRUÇÃO DA *RATIO JURÍDICA* NO ESTADO MODERNO

O Direito é uma construção histórica realizada a partir de práticas sociais. Por diversas vezes na história, novos rumos foram traçados com o intuito de promover a autorregulamentação da sociedade com vistas à sua pacificação e realização da justiça. Para tanto, realizaram-se muitos esforços para a consecução de um paradigma capaz de reger o pensamento dominante por longos períodos. Após a consolidação do direito romano-germânico, influenciador dos sistemas jurídicos da Europa Continental e dos países latinos e africanos por eles colonizados, as transformações do processo civil foram conduzidas pelo paradigma racionalista.

---

<sup>98</sup> A partir do estudo das fases do processo civil romano – que se dividem em período primitivo, formulário ou *ordo iudiciorum privatorum* e *cognitio extra ordinem* – é que se observa uma relativização do procedimento suavizando a obrigatória outorga da ação típica pelo magistrado na segunda fase para “na verdade, um processo formular sem a fórmula” na terceira. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da.; GOMES, Fábio Luiz. **Op. Cit.**, 2011, p. 14.

<sup>99</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 55-56.

Até então o Direito se apresentava como um fenômeno social, ou seja, produzido pela própria sociedade civil e não pelo Estado<sup>100</sup>. Na sociedade medieval e pluralista, dominada pelo *jus proprium*, a busca pela legalidade, segurança e certeza desenvolveu-se através do paradigma racionalista e foi perpetuada pela escolástica até o surgimento do Estado Liberal, Moderno ou também como é melhor conhecido: Estado de Direito.

Este novo arranjo social foi fortemente influenciado a partir dos ideais iluministas em que a burguesia havia adotado “um conceito de lei que repousa em uma velha tradição europeia [...], conforme o qual a lei não é uma vontade de um ou de muitos homens, mas algo genérico-racional (não é *voluntas*, mas *ratio*)”<sup>101</sup>. Desta forma, concretizou-se, segundo Paulo Bonavides, o pensamento fundamental da “limitação da autoridade governativa”<sup>102</sup>. Assim, o Estado de Direito tinha como *ratio* o governo das leis para garantia de proteção do indivíduo contra arbitrariedades.

A explicação histórica portanto, para a reformulação das ciências jurídicas, pode ser compreendida pelas obras de Hobbes, que justificam o formalismo e imperativismo da lei como melhor alternativa ao estado anárquico de guerras constantes que dominavam a Inglaterra e a Europa em geral. A concepção absolutista do pensamento hobbesiano não procura conteúdo moral ou finalidade específica para a função legislativa, considera apenas a sua base valorativa que reside na autoridade competente. Soma-se a tal formalismo a obrigatória observância ao comando do soberano pelos seus súditos<sup>103</sup>. Como bem sintetiza Luigi Ferrajoli:

O Estado de Direito Moderno nasce, com a forma do Estado legislativo de Direito, e no momento em que esta instância alcança realização histórica, precisamente com a

<sup>100</sup> BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 27.

<sup>101</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 24.

<sup>102</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 38.

<sup>103</sup> BOBBIO, Norberto. **Op. Cit.**, 2006, pp. 36-37.

afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do Direito válido e antes ainda existente, com independência de sua valoração como justo. Graças a este princípio e as codificações que são sua atuação, uma norma jurídica é válida não por ser justa, mas exclusivamente por haver sido posta por uma autoridade legislativa<sup>104</sup>.

O advento deste novo pensamento, portanto, gera a negação da lei como algo precedente ao Estado. Torna-se este o protagonista da produção do direito – detentor de seu monopólio – a partir da aspiração de separação dos poderes e garantia de representatividade dos cidadãos. Assim, a preservação da liberdade do indivíduo era recebida com grande apreço em uma sociedade marcada pelo poder oligárquico e decisionista vigente à época.

A resposta liberal para o impasse foi orientada pelo conceito de tolerância religiosa no qual o Estado permite acesso a ambas as partes envolvidas ao conflito para que possam, sob o abrigo da *ratio* por ele imposta, suceder na sua pacificação<sup>105</sup>.

Tais vertentes – absolutista e liberal – consubstanciaram o momento histórico e político para o surgimento do positivismo jurídico. Seria este o novo estágio no qual o Direito se organizaria e, com ele; a sociedade. Trata-se de uma concepção que reduz o substrato normativo à lei e a atividade do jurista na busca da vontade do legislador<sup>106</sup>. O intuito do positivismo

---

<sup>104</sup> Tradução livre de: “El Estado de Derecho moderno nace, con la forma del *Estado legislativo de Derecho*, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidade como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido puesta por una autoridad dotada de competencia normativa”. FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 16 (grifo do autor).

<sup>105</sup> BOBBIO, Norberto. **Op. Cit.**, 2006, pp. 37-38.

<sup>106</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, **Op. Cit.**, 2012, p. 29.

jurídico era a sistematicidade de leis abstratas e gerais de modo a garantir certeza, segurança e previsibilidade. Neste ponto, há o resgate da lógica e retórica clássica e sua aplicação no campo jurídico.

A cientificação do Direito foi inspirada pela “teoria do silogismo” de Beccaria, segundo a qual a aplicação das leis deveria ser uma conclusão derivada de um silogismo de proposições, ou seja, sua realização é o produto da lógica jurídica<sup>107</sup>. Esta lógica “é uma maneira específica de pensar; melhor dizendo: de organizar o pensamento”<sup>108</sup>. É um raciocínio propriamente dito, onde são relacionadas duas ideias, sendo uma delas premissa e outra conclusão.

Desta forma, pode-se observar que o raciocínio empregado pelas ciências naturais entende que a “única certeza emanada da lógica é a de que, sendo verdadeiro o antecedente (premissas) e válida a inferência (raciocínio), será verdadeiro o consequente (conclusão)”<sup>109</sup>. Com isto, fica exposta a principal diferença entre a Ciência e Direito: no momento da construção da conclusão, aquela se utiliza do conectivo **ser** como vínculo entre a premissa e do raciocínio, ao passo que, para o Direito, esta ligação se dá através do **dever ser**.

Portanto, o pensamento social do Estado Moderno, sob as lentes da doutrina hobbesiana, constrói a sociedade a partir de dogmas operacionais. São eles que conformam paradigmas e determinam o que é pertinente ou não pertinente dentro de uma sociedade. Para o Direito, o positivismo constitui o paradigma vigente, e com ele, uma racionalidade científica que se fundamenta no conhecimento construído a partir de leis cujo pressuposto metateórico de ordem e estabilidade do mundo está vinculado à repetição do passado no futuro<sup>110</sup>. Ou seja, estabelece-se uma dependência cognitiva do indivíduo ao conhecimento científico, na forma de asserções de probabilidade, de modo a retirar o referencial axiológico próprio das ciências

<sup>107</sup> BOBBIO, Norberto. **Op. Cit.**, 2006, p. 43.

<sup>108</sup> MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Temas de filosofia do direito: decisão, argumentação e ensino**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 37.

<sup>109</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de Lógica Jurídica**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 44.

<sup>110</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Op. cit.**, 2002, p. 64.

humanas<sup>111</sup>. O positivismo, portanto, se propõe como o baluarte da ordem social, de modo a estipular a validade das normas jurídicas como critério axiológico máximo do Direito.

No entanto, muito se perde com este reducionismo científico, para o Direito e, principalmente, no campo do processo civil. O projeto jurídico liberal utiliza-se do Direito com objetivo de instrumentalizá-lo de forma inflexível comprometendo, assim, a sua autonomia e inviabilizando seus nexos naturais com a sociedade e com a história<sup>112</sup>. A pretensão de identificá-lo como um sistema de regras o mais simples e abstrata possível provoca o sufocamento daquilo que torna o Direito uma construção humana: sua vivificação no âmago social.

As perdas com o surgimento desta abordagem no campo jurídico e político foram sentidas pelos diversos ramos do Direito, no entanto, como assevera Ovídio A. Baptista da Silva, o processo civil foi um dos mais prejudicados:

Como é igualmente compreensível, o direito processual civil foi o domínio jurídico mais danificado por essa metodologia, por ser o processo aquele ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social. Os juristas do direito material levam, a este respeito, uma apreciável vantagem sobre os que se dedicam ao direito que se realiza no tumulto da vida forense. Certamente o direito, em sua dimensão estática, tem condições de suportar, com maiores chances de sobreviver, essa mutilação metodológica, do que o direito dinâmico, representado pelo processo. [...]. Em resumo, superar o dogmatismo, fazendo com que o direito aproxime-se de seu leito natural, de ciência da cultura<sup>113</sup>.

Os ideais iluministas inseridos neste paradigma racionalista cometeram o pecado de ser excessivamente simples e de

<sup>111</sup> BECK, Ulrich. **Op. cit.**, 2010.

<sup>112</sup> GROSSI, Paolo. **Op. cit.**, 2010, p. 7.

<sup>113</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e ideologia. In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 110, ano 28, pp. 19-36, 2003, abr/jun, p. 19.



sufocar o “espontâneo assentamento da sociedade” e seu “florescer de agregados comunitários” de forma que, a estratégia evasiva de ignorar a dinâmica deste tecido social é inútil e perigosa<sup>114</sup>.

### 3.3 O PANORAMA HISTÓRICO DAS TEORIAS DA AÇÃO

Embora se reconheça atualmente o equívoco da radical aplicação do paradigma racionalista sobre o processo civil – e diga-se, igualmente, sobre o direito ambiental – cumpre refletir a influência dessa corrente clássica na formação das teorias da ação. Sabe-se hoje que o caráter social da Constituição Federal e a normatividade dos direitos fundamentais reformularam a função social de inúmeros ramos da ciência jurídica, dentre eles o próprio direito processual civil<sup>115</sup>. Portanto, a forte interferência dos direitos fundamentais – ou como muito é identificado da constitucionalização do processo civil – contribuiu significativamente para a transformação de seus “elementos essenciais, teóricos e operativos”<sup>116</sup> e consequente releitura de seus instrumentos e de sua finalidade.

#### 3.3.1. O despertar das teorias autonomistas da ação: o debate entre Windscheid e Muther

A influência da família romano-germânica no campo do processo civil marcou seu nascimento com a nota do sincretismo uma vez que a “ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material”<sup>117</sup>. Até então o direito processual detinha pouca relevância para os juristas em geral visto que era tido apenas como meio para consecução da tutela do direito material. O direito de ação pertencia ao direito material, comportando-se apenas como um direito adjetivo, ou seja, como modo de obtenção da concretização deste.

<sup>114</sup> GROSSI, Paolo. **Op. Cit.**, 2010, p. 113-114.

<sup>115</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Op. cit.**, 2009, p. 97.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 99.

<sup>117</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido R. **Op. Cit.**, 2013, p. 51.

Foi através da publicação, em 1868, da obra *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen* (A Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais) de Oskar von Bülow que o processo civil foi considerado como uma ciência autônoma. Nela vislumbra-se a autonomia do processo em face do direito material, ou seja, entre a prestação jurisdicional e o seu objeto.

São do mesmo período as contribuições de Bernhard Windscheid e Theodor Muther, que iniciaram as discussões sobre o conceito de ação tomando como ponto de partida a *actio* do direito romano em face do direito de queixa (*Klagerecht*) da doutrina alemã<sup>118</sup>. Ambos autores foram partidários da Escola Histórica que resgatava nos ordenamentos antecedentes – em especial, no direito romano – o aspecto filosófico para, através dele, revelar a coerência necessária para construção de uma ciência jurídica sistemática<sup>119</sup>.

Foram eles que quebram com tradição da teoria clássica de ação – também conhecida como imanentista ou civilista da ação – em que não era possível vislumbrar o direito de ação em um plano distinto do direito material. Entendia-se o direito de ação como um *actio autem nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debetur*, ou seja, “a ação nada mais é do que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido”, definição romanista obtida pelos escritos de Celso.

O direito de ação nascia como uma reação à violação do direito material e, por esse motivo, tinha a função de uma autorização para comparecimento perante o juiz com pedido para fazer cessar tal violação. Assim, a compreensão do direito de ação na teoria clássica era de que ela só existiria a partir da violação do direito material, ou seja, nunca um direito de fato desvinculado do direito material<sup>120</sup>. Esse pensamento era compartilhado por autores como Savigny que lecionava o direito de ação como fruto da metamorfose do direito material

<sup>118</sup> MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. Teorias sobre ação: uma falsa polêmica. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 880.

<sup>119</sup> Ibidem. p. 882.

<sup>120</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. Cit.**, 2012, p. 162.

provocada por sua lesão. Frente a esse contexto histórico, observa-se a relevância dos estudos de Windscheid e Muther para o desenvolvimento da natureza jurídica do direito de ação.

A construção da noção de ação como um direito autônomo recebeu de Windscheid e Muther a contribuição necessária para sua consolidação. O primeiro compreendia que a violação de um direito subjetivo não necessariamente ensejaria o uso do direito de ação. Para ele, esse direito era derivado do instituto da *actio* do período romano e, como tal, não se confundia com o direito material. Para Windscheid, a lesão ao direito subjetivo não correspondia sempre à uma *actio*, “de modo que poderia haver *actio* sem que houvesse direito subjetivo”<sup>121</sup>. Assim, para o autor, o instituto representava uma faculdade do indivíduo de perseguir em juízo sua própria vontade<sup>122</sup>. Com isso, Windscheid interpreta a *actio* romana como uma pretensão (*Anspruch*) e não mais como o direito de queixa da doutrina alemã (*Klagerecht*). Ou seja, o autor compreendia que o instituto romano constituiria em outra situação jurídica, “distinta tanto do direito de se queixar quanto do próprio direito subjetivo”<sup>123</sup>.

Posteriormente, com o lançamento da obra de Muther em 1857 – “Sobre a teoria da *actio* romana, do moderno direito de queixa, da *litiscontestatio* e da sucessão singular nas obrigações – instaurou-se uma polêmica na definição da natureza jurídica do direito de ação. O autor contrapunha-se à Windscheid afirmando que o direito de ação é um direito de natureza pública dirigido contra o Estado para que lhe forneça a “fórmula”, ou melhor, a tutela jurídica<sup>124</sup>. Assim, com o advento da violação de uma posição jurídica protegida surgiriam dois direitos, o direito subjetivo de natureza privada e o direito de ação que era direcionado em face do Estado para proteção daquele tido como um direito originário. O fundamento da ideia é a própria noção de vedação da autotutela pelo indivíduo que necessita, então, recorrer ao Estado como forma de garantir seus direitos.

Assim, o confronto entre tais expoentes da Escola Histórica foi inevitável pois “Muther discordava de Windscheid e defendia a identidade entre a *actio* do direito romano e o *Klagerecht* do

<sup>121</sup> MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. **Op. Cit.**, 2006, p. 881.

<sup>122</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. Cit.**, 2012, p. 163-164.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>124</sup> *Ibidem*.

direito alemão”<sup>125</sup>. Isso implicava em afirmar que o direito de queixa até então aplicado à época era dirigido aquele que havia lesionado o direito subjetivo do autor, ou seja, o seu adversário. Desse modo, Muther denunciava a interpretação do *Klagerecht* ao demonstrar a permanência de sua natureza jurídica como sendo própria da teoria clássica da ação, ou seja; como um direito acessório ao direito material em questão.

Afirma Giovanni Pugliese que, para Muther:

deve ser reconhecido o mérito de haver atraído a atenção dos juristas [...] para as relações entre as partes e o Estado ou o órgão jurisdicional, havendo assim contribuído de modo decisivo para o progresso dos estudos processuais<sup>126</sup>.

Após o posicionamento de Muther, Windscheid foi levado a admitir a diferenciação entre a ação processual e a pretensão de direito material. Concluiu esse que, de fato, sua interpretação quanto a *actio* romana ficou restrita à faceta do direito privado, existindo ainda o “direito à tutela do Estado” que corresponde à leitura e Muther sobre o direito de ação.

### **3.3.2. O direito de ação e a veracidade subjetiva do autor: as contribuições de Plósz e Degenkolb**

Firma-se assim, o direito de ação como autônomo em relação ao direito material, que ainda recebeu o aprimoramento de suas bases a partir de contribuições de outros autores, tais como Plósz (1876) e Degenkolb (1877) que acordavam quanto a natureza de direito subjetivo público em face do Estado da ação.

Ao considerar que Muther defendia que o direito material – quando violado – constituiria o pressuposto essencial para o nascimento do direito de ação, Plósz e Degenkolb tomaram outro rumo. Para eles, a necessidade do pressuposto do direito privado para o nascimento da ação não explicava a existência das

<sup>125</sup> MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. **Op. Cit.**, 2006, p. 882.

<sup>126</sup> PUGLIESI, Giovanni, 1954 *apud* ibidem, p. 883.

sentenças desfavoráveis. Como explicar o ingresso em juízo do autor que, valendo-se do suposto direito material, recebe ao final do processo a declaração de sua inexistência? Neste sentido, entendem os autores que não há necessidade de instituir o direito material como pressuposto para o gozo do direito de ação uma vez que este seria um direito abstrato, ou seja, “o direito de agir é, além de autônomo, independente do reconhecimento do direito material”<sup>127</sup>.

Plósz e Degenkolb defenderam, portanto, o direito de ação como um direito de personalidade, o qual teria sua existência garantida pela simples boa-fé do autor que age na crença que possui o direito de ser ouvido em juízo. Fundamenta-se o direito de agir, desse modo, na noção de veracidade subjetiva (*subjektive wahrhaftigkeit*) e, assim compreendido, pode ele existir independentemente do reconhecimento da existência do direito material<sup>128</sup>. Logo, o direito de ação é anterior à sua aplicação e decorre da subjetividade do indivíduo – por esse motivo, um direito de personalidade – que possui a consciência ou convicção de seu direito e deseja persegui-lo em juízo, sendo que “a efetiva existência do direito material é meramente accidental”<sup>129</sup>.

Também Lodovico Mortara, autor de *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile* (1923), segue o entendimento de Plósz e Degenkolb quanto ao direito de ação ser eminentemente abstrato em relação ao direito material. No entanto, referindo-se à natureza de direito da personalidade da ação, Mortara afirma ser desnecessária a boa-fé do autor para a postulação em juízo. Para ele, o exercício do direito de agir poderá ocorrer independentemente da veracidade subjetiva de seu titular bastando apenas que tenha o seu direito subjetivo obstaculizado por outrem<sup>130</sup>.

A abstração do direito de ação em relação ao direito subjetivo em causa também foi acolhida pelo processualista uruguaio Eduardo Couture na obra *Fundamentos del derecho procesal civil* de 1946. Para ele, a razão de ser do ordenamento processual é a garantia individual de acesso à jurisdição, sendo

<sup>127</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. Cit.**, 2012, p. 167.

<sup>128</sup> MENDES JUNIOR, Manoel de Souza. **Op. Cit.**, 2006, p. 884.

<sup>129</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. Cit.**, 2012, p. 167.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 168.

este o motivo pelo qual o conceito de ação é tido como o direito constitucionalmente assegurado de petição. Para o autor, a “ação é o direito de o cidadão exigir, sobre aquilo que afirma ser seu direito, um pronunciamento do Poder Judiciário”<sup>131</sup>. Assim, a importância da sua doutrina reside no fato que permite o exercício da ação independentemente da convicção que leva o autor a afirmar sua titularidade sob o direito material; diferentemente do que havia sido sustentado por Plósz e Degenkolb.

### **3.3.3. A vontade geral da lei: Wach e a teoria da ação como um direito concreto**

Posteriormente desenvolveu-se uma nova tese quanto à natureza jurídica da ação criando, assim, um novo capítulo em seu estudo: iniciava-se o período da teoria do direito concreto à tutela jurídica. Adolf Wach (1885) foi o principal expoente desta doutrina na qual adota a linha abstrativista da ação de Muther e a desenvolve no sentido de interrelacionar elementos de direito material com direito processual. Para o autor, o direito à ação regula a tutela concedida em juízo através da aplicação do direito objetivo privado, sendo que é este o motivo para afirmar que as normas processuais compõem um ordenamento próprio da tutela jurídica<sup>132</sup>.

Na concepção de Wach, o processo pode ser iniciado independentemente da existência do direito material sendo que a demanda é mera faculdade do autor. Trata-se por tanto não de direito, mas de um ato volitivo do sujeito. No entanto, o autor rejeita a tese de que o processo seria um meio para que o direito do autor seja realizado, pois, considera que a finalidade do processo não é a concretização desse direito, mas, sim, “a salvaguarda da justiça, que pode ser obtida tanto por meio do acolhimento quanto por meio da rejeição de sua demanda”<sup>133</sup>.

Deste modo, o ordenamento processual detém um caráter público e objetiva oferecer um resultado justo,

<sup>131</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. Cit.**, 2012, p. 171-172.

<sup>132</sup> MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. **Op. Cit.**, 2006, p. 885.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 884.

independente da finalidade desejada pelas partes com a demanda. Em vista disso, a pretensão à tutela jurídica pode ser tanto do autor quanto do réu, especialmente nos casos em que a demanda mostra-se infundada. Em síntese, para Wach o objeto do processo é uma pretensão à tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*) que não se confunde com o conceito de pretensão utilizado por Windscheid que é uma situação jurídica material; para Wach direito de ação é pretensão de cunho processual<sup>134</sup>.

Wach chega a tais conclusões valendo-se das ações meramente declaratórias as quais não objetivam a realização de direitos, mas sim, uma simples declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica<sup>135</sup>. Portanto, ao aplicar sua teoria às ações declaratórias, o autor alemão conclui que a natureza processual da ação não deve ser confundida com o direito subjetivo material, podendo haver pretensão processual sem aquele e vice versa. Logo, para Wach, a pretensão à tutela jurídica é autônoma em face do direito material porém condicionada a uma sentença condenatória ou declaratória positiva. Ou seja, “apesar de ser autônoma, a pretensão à tutela declaratória positiva é em regra condicionada à existência do direito subjetivo material”<sup>136</sup>.

Assim, ao se observar o comportamento das ações que objetivam sentenças declaratórias, pode-se concluir que nos casos em que o autor demande pela declaração de inexistência de relação jurídica e seja ela concedida – portanto, quando o resultado é uma sentença declaratória negativa – o que se reconhece é a ausência de direito subjetivo material muito embora tenha ocorrido o exercício da pretensão à tutela jurídica. Observa-se que apenas nestes casos, de pretensão à tutela declaratória negativa, é que a ação não está condicionada à existência do direito material, sendo que o único motivo relevante para sua propositura está no interesse pela tutela tendo em vista uma situação de incerteza<sup>137</sup>.

Ao passo que, havendo direito subjetivo material satisfeito ou não lesionado não há que se falar em pretensão à tutela

<sup>134</sup> MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. **Op. Cit.**, 2006, p. 885.

<sup>135</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. Cit.**, 2012, p. 169.

<sup>136</sup> MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. **Op. Cit.**, 2006, p. 885.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 886.

jurídica, uma vez que o ordenamento processual existe certos pressupostos para assegurar a eficácia dos direitos privados<sup>138</sup>.

Em seus estudos, Wach também volta-se às sentenças condenatórias, que são condicionadas à existência do direito subjetivo material, mas que requerem, além da existência desse, a sua exigibilidade. Assim sendo, para obtenção de uma sentença condenatória deve o autor possuir o direito material, ser esse exigível e, ainda, ter sido ele violado. O último requisito, em especial, é aquele que caracteriza o interesse/necessidade para a tutela jurídica, ou melhor, é o elemento central da pretensão<sup>139</sup>.

Outro expoente do da teoria do direito concreto à tutela jurídica, Fernando Alberto C. Henning, diferencia os critérios de exigibilidade e da violação do direito subjetivo. A partir da ilustração de uma ação de cobrança, percebe-se que a partir da mora do devedor constitui-se o critério de exigibilidade da pretensão do autor para perseguir em juízo seu direito, mas, no entanto, apenas quando realizada a interpelação pelo inadimplemento é que se preenche o requisito da violação do direito subjetivo e consubstancia-se o interesse na condenação<sup>140</sup>.

Pode-se reconhecer que a teoria quanto à proteção concreta e de natureza pública desenvolvida por Wach caracteriza-se como uma modalidade da tese formulada por Bülow, “para quem a exigência de tutela jurisdicional é satisfeita pela sentença justa. Outros destacados partidários da teoria concretista foram Schmidt, Hellwig e Pohle”<sup>141</sup>.

Nesta linha de raciocínio, pode-se observar que no final do século XIX o estudo do direito da ação já apresentava um processo científico mais apurado, com a formação de teorias que procuravam explicar as diversas camadas do direito de agir em juízo. Na teoria da ação como um direito concreto de Wach, por exemplo, há uma divisão entre “pretensão à tutela jurídica da pretensão à sentença, sendo a primeira devida à parte que tem direito material e a segunda a ambas”<sup>142</sup>. Ou seja, que o objetivo

<sup>138</sup> MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. **Op. Cit.**, 2006, p. 884.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 886.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

<sup>141</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido R. **Op. Cit.**, 2013, p. 281.

<sup>142</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. Cit.**, 2012, p. 182.



do direito à ação era a conquista de uma sentença favorável, independentemente se para o autor ou para o réu.

A principal razão, portanto, da rejeição da ideia de Plósz e Degenkolb (a qual o direito de ação é daquele que afirma possuí-lo) repercute precisamente neste ponto, levando o processualista alemão a afirmar que o direito de ação só compete ao titular de um interesse real<sup>143</sup>. E assim sendo, o direito de ação só é concedido aqueles vencedores da demanda por uma sentença favorável.

Da mesma forma, Wach identificou condições para existência da ação – quais sejam, a lesão ao direito material, sua exigibilidade e o interesse/necessidade da tutela – que repercutem até o processo civil moderno. Interessante mérito cabe, igualmente, ao autor quando dividiu o procedimento em três etapas principais para realização da pretensão à tutela jurídica. São elas a) a procedência do debate, ou seja, a legitimidade para comparecer em juízo e quanto ao dever de defesa do sujeito passivo; b) debate e julgamento do mérito, que consubstanciam à real pretensão pela tutela jurídica e, por fim, c) a execução, que também caracteriza a concretude do direito de ação. Em sua doutrina, Wach denomina a primeira etapa do procedimento (item a) de **procedimento prévio**, no qual é verificada a admissibilidade da pretensão enquanto que a etapa posterior (item b) recebe o nome de **debate principal** e consiste na análise da relação jurídica do direito material que resultará em uma sentença de mérito.<sup>144</sup>

Luiz Guilherme Marinoni apresenta uma crítica pontual à teoria da ação concreta de Wach no que diz respeito à divisão proposta pelo autor entre pretensão à tutela jurídica e pretensão à sentença. Na compreensão de Marinoni,

Ao afirmar que só a sentença favorável seria capaz de outorgar tutela jurídica, Wach parece ter negado importância ao direito à obtenção da sentença e ao significado da atividade estatal, que, mesmo sem reconhecer o direito material, dá uma resposta à parte. Isso significa que o direito à

<sup>143</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Op. Cit.**, 2011, p. 95.

<sup>144</sup> MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. **Op. Cit.**, 2006, p. 886.

tutela jurídica, na concepção de Wach, não tinha uma dimensão de um direito à tutela jurisdicional, que também é concedida a quem não consegue demonstrar que tem direito a uma sentença favorável<sup>145</sup>.

Ainda que não se possa negar a importância da participação em juízo – tanto do autor quanto do réu – como elemento essencial ao direito de ação, a doutrina de Wach consegue identificar de fato a atividade estatal, porém, outorga-lhe pouco ou nenhum valor frente à finalidade da ação como forma de obtenção de sentença favorável. Pela doutrina concretista de Wach, pode-se observar que há um cuidado em estabelecer não apenas a autonomia do direito à ação, mas também, certos pressupostos para sua operacionalização; sendo que isto reflete o reconhecimento da participação da atividade estatal. No entanto, pode-se dizer que o equívoco cometido por Wach foi a adoção – como referencial único – da titularidade do direito material em disputa e não, a finalidade do ordenamento processual que prevê como resultado a prestação jurisdicional.

Deste modo, é possível discordar ligeiramente de Luiz Guilherme Marinoni quanto à afirmação que o autor alemão teria negado por completo a importância ao direito da obtenção da sentença e ao significado da atividade estatal no processo. Isto porque ele não omite a **participação** do Estado na construção do objetivo final do direito de ação, que – para o processualista alemão – seria a titularidade do direito material na forma da procedência para o autor ou improcedência para o réu.

Em síntese, considera-se que Wach detinha sim uma dimensão de direito à tutela jurisdicional, no entanto, sua noção estava incompleta, pois acolhia a titularidade do direito subjetivo como finalidade do processo enquanto, em verdade, o oferecimento de uma resposta às partes já constitui por si só uma dimensão de direito à tutela jurisdicional.

A verdadeira crítica que se pode fazer à teoria subjetivista de Wach é melhor expressa nas palavras de Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes:

---

<sup>145</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. Cit.**, 2012, p. 182.

Fácil perceber o comprometimento dessa corrente com a teoria civilista da ação. Seguindo esta, só estariam legitimados a invocar a tutela jurisdicional os titulares de direitos subjetivos violados ou ameaçados de violação.

A principal deficiência deste posicionamento consiste em reduzir a atividade jurisdicional às hipóteses nas quais são reconhecidos os direitos subjetivos individuais. Mas, mesmo quando a relação processual for deflagrada por quem não seja titular de qualquer direito subjetivo material, haverá jurisdição, e as regras de direito processual regularão, ainda assim, a atividade a ser desenvolvida pelas partes e pelo juiz<sup>146</sup>.

Apesar de tais críticas à teoria de Wach – que foi, diga-se, inspirada nos textos de Muther – a consideração da ação como direito dirigido tanto em face do Estado quanto do adversário destaca a sua autonomia e detém o grande mérito de oferecer uma visão autônoma do processo em relação ao direito material e operacionalizada através das condições da ação e de procedimentos próprios.

### **3.3.4 A sujeição do réu aos efeitos da sentença: Chiovenda e a ação como um direito potestativo**

O legado da teoria do direito concreto à tutela jurídica recebeu contribuições como a de Chiovenda através de sua obra *L'azione nel sistema dei diritti* (1903).<sup>147</sup> O pensamento de Chiovenda segue, em certa medida, a teoria de Wach, porém conquista reconhecimento através do entendimento que o direito de ação seria um direito potestativo do autor em face do réu. Assim sendo, não detém uma obrigação em razão do direito do autor mas estará, em verdade, sujeito aos efeitos jurídicos da atuação da lei<sup>148</sup>.

<sup>146</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Op. Cit.**, 2011, p. 40.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 96-97.

<sup>148</sup> MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. **Op. Cit.**, 2006, p. 888.

Para a teoria chiovendiana, há uma importante distinção entre as noções de vontade abstrata e vontade concreta da lei. A primeira refere-se ao conteúdo da norma jurídica em que se consubstancia uma vontade geral, abstrata, hipotética condicionada à realização fática de determinados atos. Ao passo que, no momento da ocorrência de tais fatos previstos lei, estará então constituída a vontade concreta da lei<sup>149</sup>. Assim sendo, o direito subjetivo em debate nada mais seria que “a expectativa de um bem da vida garantido pela vontade da lei”<sup>150</sup>, ou melhor, “uma vontade de lei concretamente subjetivada”<sup>151</sup>.

O processo é apresentado como a alternativa nos casos em que a vontade abstrata da lei não é espontaneamente observada e torna-se, assim, uma vontade de lei concretamente subjetivada. Logo, considerando que não apenas o autor, mas igualmente o Estado, possuem o interesse em ver a vontade coletiva geral da lei respeitada, não é certo afirmar que entre ambos há um conflito de interesses, muito pelo contrário; tais atores detém um objetivo comum.

Chiovenda consegue, com este pensamento, se distanciar de Wach pois entende que, antes de constituir a ação um direito contra o Estado, ela é dirigida em face do adversário. Logo, a ação não representa um duelo posto ao Estado: sua razão de ser é a obtenção de uma sentença favorável cujos efeitos sujeitarão o réu à atuação da lei em decorrência da sua natureza de direito potestativo<sup>152</sup>. Portanto, para Chiovenda, “o sujeito passivo do direito de ação é apenas o adversário de seu titular”<sup>153</sup>, sendo que a justificativa para a perseguição em juízo dos direitos do autor nada mais é do que um meio para obtenção dos efeitos jurídicos da lei em face do adversário. Neste sentido, o respeito ao princípio da inércia da jurisdição estatal constitui o impeditivo do Estado na perseguição da vontade concreta da lei, vez que é também de seu interesse vê-la realizada.

Logo, não se pode afirmar que o direito de ação para Chiovenda é eminentemente publicista, pois, tendo como sujeito

---

<sup>149</sup> MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. **Op. Cit.**, 2006, p. 887.

<sup>150</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, 2000 *apud* MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. **Op. Cit.**, 2006, p. 887.

<sup>151</sup> *Ibidem*.

<sup>152</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. Cit.**, 2012, p. 170.

<sup>153</sup> MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. **Op. Cit.**, 2006, p. 888.

passivo o adversário da demanda, fica o direito em causa como o critério que determina a natureza jurídica da ação, podendo ser ela tanto pública quanto privada, a depender do “interesse que a move, o que implica dizer que ele vincula a ação à pretensão de direito material”<sup>154</sup>.

Pela doutrina chiovendiana para a existência da ação devem-se ser preenchidas certas condições, visto que esta ferramenta processual está condicionada ao direito material. Neste sentido, as condições para uma ação condenatória, por exemplo, seriam a existência do direito subjetivo afirmado pelo autor; a legitimidade ou qualidade do autor identificado como favorecido pela lei e o seu interesse em ver reparada a lesão ao seu direito. Com estas condições é possível conquistar uma sentença favorável e, assim, exercer o direito de ação. Importante nota é a ressalva que Chiovenda faz quanto a relação entre as condições da ação e seus pressupostos: para o autor, esses constituem os requisitos para a obtenção de uma sentença qualquer, enquanto que preenchidas as condições, haverá necessariamente uma sentença favorável<sup>155</sup>.

Em suma, a ação – na acepção de Chiovenda – diz respeito a um direito concreto e atual, preexistente ao processo e reflexo de uma *potestad* jurídica para obtenção de um resultado favorável no processo<sup>156</sup>.

### 3.3.5 A posição conciliatória de Enrico T. Liebman

Seguido das linhas evolutivas do processo civil – qual sejam, as teorias da ação como um direito abstrato ou um direito concreto – surge na doutrina uma posição intermediária que objetiva criar uma **zona comum**<sup>157</sup> entre elas: a teoria eclética da ação. Desenvolvida por Enrico Tullio Liebman, em 1949, durante sua aula inaugural na Universidade de Turim, a teoria eclética da ação – de cunho essencialmente descritivo<sup>158</sup> – foi recepcionada

<sup>154</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Op. Cit.**, 2011, p. 97.

<sup>155</sup> MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. **Op. Cit.**, 2006, p. 889.

<sup>156</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Op. Cit.**, 2011, p. 97.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>158</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Op. cit.**, 2009, p. 107.

pelo direito brasileiro através de seu seguidor Alfredo Buzaid, tendo sido adotada pelo Código de Processo Civil de 1973.

Para Enrico Liebman, a tutela jurisdicional está vinculada à uma sentença favorável e assim sendo, é devida ao titular do direito material. Neste ponto, o processualista italiano afirma a validade da teoria concreta da ação nos moldes de Wach e Chiovenda. No entanto, completa com a ressalva de que “o único modo de assegurar a quem tem razão a possibilidade de fazê-la valer em juízo é permitir a *todos*”<sup>159</sup> o acesso de suas demandas aos tribunais para que decidam pela sua procedência ou improcedência. É através de tal observação que Liebman adota, igualmente, a teoria abstrativista desenvolvida por Degenkolb e Plósz.

Portanto, para o fundador da Escola de São Paulo, o direito subjetivo material não é mais a condição para existência da ação pois trata-se ela apenas do direito ao julgamento do mérito<sup>160</sup>. Paralelamente, o direito de agir é garantia que detém *status* constitucional de caráter secundário em detrimento do interesse pelo provimento judicial para satisfação do direito subjetivo<sup>161</sup>. Assim sendo, Liebman se refere ao poder de agir como sendo uma prerrogativa genérica, inesgotável, indeterminada e sem relação com a hipótese fática concreta<sup>162</sup>. Note-se que para o autor, existe de um lado a ação, cuja finalidade é a satisfação do direito subjetivo material e, portanto, condicionada a esse e, de outro, o direito de agir, como uma ação incondicionada facultada a todos indistintamente. Completa o processualista italiano que a ação constitui um direito cuja sujeição passiva recai sob o Estado, e por este motivo, terá sempre uma natureza pública<sup>163</sup>.

Nesse sentido, Liebman expõe o binômio de questões as quais o juiz está atrelado no momento de formação de sua convicção quanto à demanda, são elas as condições da ação e os pressupostos processuais. Diferentemente de Wach e Chiovenda que referiam-se às condições da ação como questões que integram o mérito, Liebman considera que tanto esses

<sup>159</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio, 2002 *apud* MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. **Op. Cit.**, 2006, p. 889

<sup>160</sup> MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. **Op. Cit.**, 2006, p. 890-891.

<sup>161</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. Cit.**, 2012, p. 173.

<sup>162</sup> MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. **Op. Cit.**, 2006, p. 890-891.

<sup>163</sup> *Ibidem*.

quanto os pressupostos processuais são preliminares à análise do mérito pois outorgam validade e regularidade formal dos atos processuais<sup>164</sup>.

Curioso fato é que, até a publicação da terceira edição da sua obra *Manuale di diritto processuale civile: principi*, em 1973, Liebman descrevia as condições da ação como legitimação para agir, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Com a entrada em vigor, na Itália, da Lei do Divórcio, que constituía o maior exemplo para explicar o critério da possibilidade jurídica do pedido, o processualista italiano decidiu, por bem, excluir tal requisito para viabilização da ação. No entanto, no mesmo ano, o Código de Processo Civil pátrio foi publicado nos moldes de sua doutrina como havia sido erigida até então<sup>165</sup>.

Em suma, a teoria eclética de Liebman defende a ação como o direito ao julgamento do mérito e cuja existência depende do preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais. Na falta de alguma das condições da ação o mérito não será julgado e com isso, o processo se extinguirá por carência da ação sendo que, neste sentido, não há ação tampouco o exercício da jurisdição pois, entre elas, “segundo Liebman, existe exata correlação, não podendo existir uma sem a outra”<sup>166</sup>.

A doutrina de Liebman é lucidamente criticada por Luiz Guilherme Marinoni em dois pontos fundamentais. Em primeiro lugar, esclarece o autor acerca da devida ocorrência da atuação da jurisdição e o exercício da ação ainda em casos de carência da ação por falta de alguma de suas condições<sup>167</sup>. Da mesma forma, adverte Eduardo de Avelar Lamy quanto aos objetivos propostos por Liebman na construção da teoria eclética:

Como empreitada teórica, a tentativa de Liebman mereceu elogios. Entretanto, o autor nunca teve como objetivo precípuo fundamentar a estrutura do atual Código de Processo Civil; não teve como propósito que sua teoria embasasse a aplicação das condições da ação na prática forense

<sup>164</sup> MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. **Op. Cit.**, 2006, p. 890-891.

<sup>165</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. Cit.**, 2012, p. 173.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>167</sup> *Ibidem*.

cotidiana. Ao contrário do que pensou o legislador, sua teoria era descritiva e não empírica; foi pensada para descrever a realidade e não para conduzi-la nem regulamentá-la. Hoje, afirmar que as condições da ação não versam sobre mérito e que a decisão que não as reconhece não faz coisa julgada por não versar sobre mérito significa afirmar, por exemplo, que uma ação extinta por ilegitimidade passiva (art. 3º., CPC) pode ser reproposta com o mesmo defeito de legitimidade quantas vezes o autor desejar, ainda que com o objetivo de perturbar o suposto demandado<sup>168</sup>.

Neste sentido, portanto, a determinação das condições da ação como elementos meramente processuais para sua validade parece ignorar a existência de todos os atos processuais até então perpetrados para o oferecimento de uma sentença; ainda que seja ela por carência da ação. Logo, “significa que essa sentença, ainda que de extinção do processo, admite que o processo foi instaurado e a ação proposta e que ambos se desenvolveram”<sup>169</sup> embora não tenha o pedido sido apreciado. Neste sentido, cabe uma reflexão quanto a posição tecnocrática oferecida pela teoria eclética ao juiz. A redução do seu poder “e a sua transformação em braço mecânico da lei revelam o primado do paradigma racionalista e consultam os interesses da classe dominante”<sup>170</sup>. Logo, impende considerar se não seria o caso das condições da ação não versarem – como afirma Liebman – em questões de forma, mas sim, disporem a respeito do mérito da causa. Neste sentido, não poderiam os critérios para o exercício do direito de agir disporem apenas quanto à sua existência, tampouco apenas quanto ao seu mérito, visto que são quesitos que concernem à resolução do mérito do que é posto em causa<sup>171</sup>.

Outra crítica que se poderia fazer à teoria eclética, levantada por Marinoni, é admitir a existência de duas modalidades de

<sup>168</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Op. cit.**, 2009, p. 107

<sup>169</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. Cit.**, 2012, p. 184.

<sup>170</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Op. Cit.**, 2011, p. 107.

<sup>171</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Op. cit.**, 2009, p. 109.



ação, uma tida como direito de agir, cujo fundamento detém *status* constitucional e constitui um poder genérico e incondicionado, e outra como ação propriamente dita, com fundamento no Código Processual, a qual constitui uma especificação particular do direito de agir. Pode-se dizer que Liebman comete o equívoco de “confundir ação com pretensão e, por consequência, conferir o direito de ação também ao réu”<sup>172</sup>. Assim, não se sabe qual o momento em que foi permitida esta divisão entre ação e direito de agir ou mesmo qual seja a utilidade de tal discriminação especialmente ao se considerar que, a “ação é uma só, sendo as suas condições apenas requisitos para o seu integral exercício, ou seja, para a apreciação do pedido”<sup>173</sup>. Também neste ponto, asseveram Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes que a análise das condições da ação levam o juiz a apreciar os elementos da relação de direito material ainda que para extinguir a ação por sua carência. Constituindo-se, assim, um duplo equívoco: em primeiro lugar “não se procede à aferição das condições da ação com raciocínio hipotético; segundo, inflete-se na relação de direito material e se produz um julgamento de carência!”<sup>174</sup>.

### 3.4 O DIREITO DE AGIR APLICADO AOS INTERESSES DIFUSOS: A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL

Neste ponto impende reflexão sobre a importância da escalada histórica até aqui descrita acerca das teorias da ação. Atualmente a ação constitui a via necessária para o exercício do direito de acesso à justiça e é concebida como “direito subjetivo público exercido contra o Estado, que detém o monopólio da jurisdição”<sup>175</sup>. Como se pôde observar, as teorias que envolveram a relação entre direito material e processual

<sup>172</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Op. cit.**, 2009, p. 109.

<sup>173</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. Cit.**, 2012, p. 184.

<sup>174</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Op. Cit.**, 2011, p. 107.

<sup>175</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Princípios constitucionais do processo civil no âmbito recursal. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 562.

sofreram, ao longo do tempo, diversas interpretações e transformações demonstrando a complexidade da definição da natureza jurídica da ação.

A teoria civilista ou imanentista representa a radical fusão entre o direito material e o ordenamento processual; servindo apenas como prelúdio dos estudos a respeito do direito de ação. No entanto, revela-se notório que ainda nos idos seculares do direito romanístico já despontava a relevância do procedimento. Conforme exposto, a abertura procedimental provocou o transcurso do direito romano em fases, sendo a sua graduação um reflexo desta flexibilização dos atos procedimentais. Do período primitivo, passando pelo formulário ou *ordo iudiciorum privatorum* até a *cognitio extra ordinem*<sup>176</sup>, a aplicação dos institutos romanísticos sofreu progressiva relativização no intuito de adaptar-se aos dilemas enfrentados à época.

A partir da separação entre direito material e direito processual é que as teorias da ação formularam grandes contribuições para a consagração do processo civil como ramo jurídico. Ao revelar a ação como um direito autônomo, a teoria abstrativista de Windscheid e Muther demonstrou, sobretudo, a divisão entre o direito privado e público sendo este o ponto fundamental seguido posteriormente pelas demais teorias acerca do instituto. Neste sentido, a participação e posição ocupada pelo Estado na ação definiu ora a sua natureza pública ora particular.

Neste sentido, revela-se a proeminência da discussão quando considerada a corresponsabilidade entre Poder Público e a coletividade estabelecida pelo artigo 225, *caput*, da Constituição Federal que dispõe sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O direcionamento do direito de ação em face do Estado presente nas teorias de Windscheid, Muther e Wach ou, ainda, como um direito subjetivo público contra o Estado pela doutrina de Plósz e Degenkolb pereceriam frente à proteção ambiental atualmente consagrada pela Lei Maior. É possível especular que a construção destas teorias, não seria permitiria a operacionalização dos interesses difusos como a tutela ambiental. Neste ponto, a doutrina chiovendiana merece aplausos pela vanguarda em sua construção teórica que diferencia a vontade abstrata da lei e a sua vontade concreta,

---

<sup>176</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Luiz Fábio. **Op. cit.**, 2011, p. 14

demonstrando, portanto, que o direito à ação não apresenta um conflito de interesses entre sujeito e Estado, mas sim, um objetivo comum em ver o direito material adequadamente efetivado.

Justifica-se, portanto, a discussão da doutrina ambiental quanto a classificação da tutela ambiental como um dever<sup>177</sup> ou direito quando se confronta questões como esta, na qual há uma responsabilidade compartilhada na sua proteção entre o Estado e a coletividade. Tal entendimento é tendência jurisprudencial<sup>178</sup> ensejando o reconhecimento da responsabilidade solidária passiva do Estado, sendo esta uma visão técnico jurídica que “reconhece a legitimidade passiva e a responsabilidade objetiva e solidária do Poder Público nas situações concretas examinadas”<sup>179</sup>. Eis que, neste momento, têm-se a grande relevância da compreensão acerca da natureza de interesse público da tutela ambiental, não apenas pela doutrina, mas, principalmente pelos que a aplicam.

Outro ponto que merece reflexão se refere à finalidade do processo e da participação do Estado na teoria de Wach. Quanto a este, as críticas à ele dirigidas creditavam uma negligência por parte de sua teoria quanto a eminente função da atividade estatal de oferecer resposta às partes através da ação; independentemente de ser ou não a sentença de mérito favorável. Cabe aqui uma singela defesa da teoria concreta da ação desenvolvida por Wach no sentido em que o autor não chega a ignorar tal função da atividade prestacional vez que,

---

<sup>177</sup> GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do meio ambiente.**

Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 163-166.

<sup>178</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda turma. REsp N. 604.725/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Julgado em: 21.06.2005. Publicado em: DJ 22.08.2005. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp N. 107.971-3/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Julgado em: 18/08/2009, Publicado em: DJe 31/08/2009. Ambos disponíveis em <www.stj.jus.br>. Acesso em 16 mar. 2014.

<sup>179</sup> YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação civil pública: aspectos evolutivos e tendências. Protagonismo, integração e gestão participativa dos conflitos. Legitimidade e efetividade do processo decisório. In: MILARÉ, Édis (Coord.) **Ação Civil Pública após 25 anos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 174.

conforme exposto, subdivide a pretensão em uma dupla camada que contempla a tutela jurídica – vinculada à parte que detém o direito material – e a própria pretensão à sentença, almejada por ambas as partes. Neste sentido, Wach parece apenas adotar como referencial do direito da ação a pretensão à tutela jurídica demonstrando, desta forma, coerência quanto à eleição das condições da ação como requisitos de validade do mérito da causa. Logo, demonstra Wach uma concepção ampla de pretensão – como o somatório da tutela jurídica e da sentença de mérito – de forma a viabilizar a concretude do direito material subjacente. A eleição da finalidade do processo como sendo a obtenção de uma sentença de mérito favorável revela, portanto, a razão do direito de ação ser autônomo ao direito material porém condicionada à sua existência.

Vale especular quanto ao comprometimento da doutrina de Wach acerca do atual discurso da efetividade da prestação jurisdicional. Isto porque sua teoria apresenta as origens da classificação tripartite das condições da ação e dos pressupostos processuais atualmente empregados. Cabe destaque para estes últimos uma vez que revelam a preocupação de Wach com a execução. Nesta linha de raciocínio, as três etapas do procedimento concatenam a tão valorizada efetividade da tutela jurisdicional ao triangulizar o procedimento a partir da procedência do debate – que contempla a formação da lide através da sua admissibilidade e legitimidade –, do debate e julgamento do mérito e, por fim, da execução e consequente entrega do bem da vida disputado.

Neste sentido, é possível entender que a preocupação pela etapa final da prestação jurisdicional inspira a prestação jurisdicional a fornecer uma sentença que dispense nova ação para realização da execução, hipótese esta trazida pelos arts. 461 e 461-A do CPC e 84 do CDC. Através destes dispositivos há a “possibilidade de determinar a medida executiva *adequada ao caso concreto, mesmo que não expressamente tipificada na lei*”<sup>180</sup>. São aberturas legais à disposição do magistrado para que imponha medida executiva através de obrigações de fazer, não fazer ou de entrega de coisa. A presença das tutelas

---

<sup>180</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 92 (grifo do autor).

mandamentais e executivas trazidas ao “novo” processo civil conferem maior grau de coerção sob o perdedor da lide. A técnica processual da tutela mandamental oferece meios coercitivos a serem, pelo juiz, impostos ao réu. Enquanto que na tutela executiva “os meios são sub-rogatórios, ou seja, é o próprio juiz que faz cumprir a sua ordem, independentemente da vontade do réu”<sup>181</sup>. Tratam-se, em suma, da tutela específica que apresenta uma eficácia mandamental e enseja o cumprimento voluntário da ordem do magistrado e do resultado prático equivalente que detém eficácia executiva *lato sensu* ao incitar o cumprimento da obrigação através de medidas subrogatórias.

E isto decorre do fato de que:

Hoje, a tutela jurisdicional é constituída pelo resultado havido, nas vidas dos litigantes, por meio do processo: possui caráter fático; executivo. É estudada empiricamente, pertencendo ao universo do *ser*, e não do *dever ser*. Possui nexos causal, e não normativo<sup>182</sup>.

A importância desta abertura ao juiz na escolha da técnica processual mais adequada permite sua desvinculação da necessidade de previsão legal de meio executivo, uma vez que este poderá constituir obstáculo suficiente para utilização das ferramentas necessárias ao cumprimento de seu dever e para a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva<sup>183</sup>. Neste sentido, caminha o processo civil para ampliação dos poderes do magistrado – quiçá de todos os sujeitos da relação jurídica processual – apesar da letra da lei, sempre com objetivo de conquistar os degraus que levam à efetividade da tutela do direito.

Tendo em vista tal contextualização, é acertada a compreensão jurisprudencial recentemente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no tocante a cumulação ou alternatividade de pedidos em sede de Ação Civil Pública. Pelo

---

<sup>181</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Ação civil pública e meio ambiente:** teoria geral do processo, tutela jurisdicional e execução. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 227-228.

<sup>182</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Op. cit.**, 2009, p. 102.

<sup>183</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. cit.**, 2010, p. 178.

teor do art. 3º. da Lei n. 7.347 de 1985, “A ação civil terá por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, gerando dúvidas quanto à utilização pelo legislador do conectivo “ou” e na sua implicação de vedação da cumulatividade de pedidos. Neste sentido, a questão é assim enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ART. 3º DA LEI 7.347/85. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. ART. 225, § 3º, DA CF/88, ARTS. 2º E 4º DA LEI 6.938/81, ART. 25, IV, DA LEI 8.625/93 E ART. 83 DO CDC. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO, DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL<sup>184</sup>.

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO DE VEGETAÇÃO NATIVA (CERRADO) SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE AMBIENTAL. DANOS CAUSADOS À BIOTA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981, E DO ART. 3º DA LEI 7.347/85. PRINCÍPIOS DA REPARAÇÃO INTEGRAL, DO POLUIDOR-PAGADOR E DO USUÁRIO-PAGADOR. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA

---

<sup>184</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp N. 625.249-PR. Recorrente: Município de Curitiba. Recorrido: Associação de defesa do Meio Ambiente de Araucária – AMAR. Rel. Min. Luiz Fux. Julgado em: 15/05/2006. Publicado em: DJ de 31/08/2006. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em 17 mar. 2014. No mesmo sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp N. 605.323-MG. Recorrente: Metalsider Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Rel. Min. Teori Albino Zavaski. Julgado em: 18/08/2005. Publicado em: DJe 17/10/2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em 17 mar. 2014.

DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). REDUCTION AD PRISTINUM STATUM. DANO AMBIENTAL INTERMEDIÁRIO, RESIDUAL E MORAL COLETIVO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO IN DUBIO PRO NATURA DA NORMA AMBIENTAL<sup>185</sup>.

Verifica-se, portanto, que teve a jurisprudência a necessidade de superar o predominante viés ressarcitório<sup>186</sup> até então atribuído para a responsabilidade civil em razão da característica multifacetária da tutela ambiental. A perspectiva da compensação ambiental e sua hierarquia de restauração do meio ambiente degradado estabelece como última e menos aconselhável opção a condenação em pecúnia. No entanto, foi esta a primeira obrigação oferecida pela letra da lei e ainda induz a aplicação de tutelas alternativas, levando ao entendimento de uma equivalência entre ela e a tutela específica como se fossem “intercambiáveis entre si e não cumulativas, o que ensejou e ainda tem ensejado interpretações restritivas equivocadas por parte da doutrina e jurisprudência”<sup>187</sup>.

Neste aspecto, julgados como os colacionados acima permitiriam a superação da imprecisão da lei – e de seu contexto histórico – através da adequação da técnica processual às necessidades do caso concreto. Um vez que “sentença efetiva é na realidade aquela que produz resultados na vida dos litigantes”<sup>188</sup>, deve-se atentar para a relação entre as técnicas processuais empregas e o caso enfrentado pela lide. Tal é a exigência da pretensão pela tutela ambiental que torna justificável a alteração da eficácia da sentença através da possibilidade de cumulação de pedidos e adoção de uma

---

<sup>185</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp N. 119.872-7/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Pedro Paulo Pereira. Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em: 14/08/2012. Publicado em: DJe 09/05/2013. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em 17 mar. 2014.

<sup>186</sup> YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Op. cit.**, 2010, p. 168.

<sup>187</sup> Ibidem, p. 168.

<sup>188</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Op. cit.**, 2011, p. 309.

interpretação mais aproximada ao direito material subjacente que demanda por formas de compensação ambiental.

Por este motivo, a ressalva da necessidade de análise do caso concreto como exigência para a cumulação de pedidos em Ação Civil Pública ambiental não aparenta criar maiores dificuldades servindo, em verdade, para evitar o *bis in idem* nas hipóteses em que haja tutela específica de reparação integral cumulada com condenação em dinheiro<sup>189</sup>. E ainda assim, a cumulação das obrigações de fazer, não fazer e pagar podem ter por motivação a indenização do dano extrapatrimonial – reconhecido pela jurisprudência como pertinente à tutela ambiental – ou, ainda, em decorrência dos “efeitos deletérios de cunho futuro, irreparável ou intangível”<sup>190</sup> que o comportamento pretérito do agente tenha causado. Isto porque:

O principal problema da efetividade do processo como meio de tutela do Direito Ambiental está ligado ao fator *tempo*, tendo em vista que não raramente a demora na prestação jurisdicional a torna materialmente ineficaz, mormente quando estamos falando de dano ao meio ambiente.

Assim, o Direito Ambiental necessita, na maioria das vezes, de uma decisão que vise, não a recomposição de um dano já ocasionado, mas impedir a sua ocorrência. Isso ocorre porque uma vez consumado, a reparação do dano é difícilíssima ou mesmo impossível<sup>191</sup>.

Merece destaque, também, o estudo da tutela ambiental apartir da teoria eclética de Liebman. Ponto nuclear para compreensão do processo civil adotado pelo Código de 1973, a

<sup>189</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Op. cit.**, 2009, p. 230.

<sup>190</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp N. 119.872-7. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Pedro Paulo Pereira. Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em: 14/08/2012. Publicado em: DJe 09/05/2013. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em 17 mar. 2014.

<sup>191</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Decisões urgentes em matéria ambiental. In: **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 47, pp. 94-104, fev. 2007, p. 98.



doutrina de Enrico Liebman aprofunda ainda mais a dissociação entre o direito material e processual ao considerar as condições da ação como preliminares ao mérito, ou seja, como requisitos de validade dos atos processuais. Assim sendo, a teoria eclética “liga as condições da ação à situação de fato, afirmada e comprovada no processo, após a instrução e avaliação das provas”<sup>192</sup>.

Portanto, não se trata de admitir uma eventual presunção de veracidade do autor no momento da formação da ação pois tal juízo de admissibilidade “se faz mediante o simples confronto entre a afirmativa feita na inicial pelo autor, considerada *in statu assertionis*, e as condições da ação”<sup>193</sup>. Logo a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade para agir tratam-se, antes de mais nada, de questões cujo referencial é o elemento probatório a ser trazidos aos autos que delimitam os contornos da lide. Neste ponto, Liebman se afasta da doutrina abstrativista que compreendia as condições da ação como integrantes do mérito da causa. Esta diferença entre as teorias abstrativistas e a eclética do direito de agir encontra-se muito bem descrita nas palavras de Kazuo Watanabe:

Por “teoria eclética” se entende, basicamente, aquela que, na apuração das condições da ação, determina seja o nexo de instrumentalidade entre a ação e a situação de fato contrário ao direito, apurado por meio do exame das provas, e não apenas pela afirmativa do autor. [...]. Mas, se acaso admite a aferição *in statu assertionis* das condições da ação, o entendimento esposado é muito mais de abstrativista do que de eclético. Talvez a filiação ao “ecletismo” seja por um aspecto parcial, como o ligado à natureza da atividade exercida pelo juiz quando este conclui pela carência da ação, seja por alguma outra particularidade. O importante é deixar bem ressaltado que a aceitação das condições da ação pelos abstratistas somente será

<sup>192</sup> WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 93.

possível nos termos expostos, vale dizer, *in statu assertionis*<sup>194</sup>.

A coordenação lógica entre tais teorias não desqualifica uma frente à outra, podendo todas serem ainda hoje aplicadas desde que haja a coerência metodológica necessária para a preservação de seus postulados. No entanto, cabe perquirir acerca a utilidade da visão adotada no tocante às condições da ação frente à finalidade do processo, qual seja, o oferecimento de uma prestação jurisdicional adequada e efetiva. Isto porque, exige-se a boa coordenação entre os planos de direito material e processual “para que o processo cumpra a função de instrumento efetivo de algo determinado e individuado, e não de instrumento teórico de coisa considerada apenas abstratamente”<sup>195</sup>. Não há dúvidas que a prática e a teoria apresentam uma crescente descontinuidade sendo que

A tentativa de coordenação no plano prático e com a exigência de efetiva existência do direito material conduzirá ao concretismo, em que se cuidando de teoria elaborada pela perspectiva do direito processual, e ao imanentismo, se a teoria for concebida pela perspectiva do direito material<sup>196</sup>.

Inobstante a aplicação da doutrina eclética em nosso ordenamento, com todas suas incoerências, a noção de ação como um direito concreto detém certo apelo nos dias atuais ao se considerar a relevância do resultado do processo no mundo dos fatos. O desenvolvimento e impacto da fase processualista provocou a sua reaproximação com o direito material, levando processualistas de todo o mundo a investigar a tutela jurisdicional na sua integralidade: seus instrumentos técnico-processuais, os efeitos por ela provocados e especialmente, os resultados em que essa tutela pode ofertar<sup>197</sup>.

Como direito fundamental garantido pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, a tutela jurisdicional adequada, do

<sup>194</sup> WATANABE, Kazuo. **Op. cit.**, 2012, p. 95.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>197</sup> MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. **Op. Cit.**, 2006, p. 895-896.

mesmo modo que o direito à sentença favorável harmoniza o direito material devendo tais teorias da ação terem suas bases conceituais repensadas para o aprimoramento dos mecanismos que formam o elo entre os institutos processuais e o direito subjetivo material. Eis que neste ponto, deve-se estimular uma atitude assertiva do magistrado e das partes quanto ao procedimento e, assim, gerar repercussões tais que concretizem uma tutela ambiental adequada aos ideais da efetividade e participação.

#### **4 A LEGITIMIDADE INDIVIDUAL E COLETIVA NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO**

A operacionalização do direito material apresenta desafios de grande monta, especialmente, quando trata-se do cruzamento entre uma área de conhecimento tão tradicional quanto o processo civil e interesses que detêm um alto nível de complexidade, como são os interesses difusos. Está consolidada, na história, a evolução entre tais áreas do conhecimento e os caminhos já percorridos até a contemporaneidade. Não obstante, estão presentes novos desafios cujas necessidades devem ser preenchidas para melhor concretização do papel do Direito na sociedade. Para tanto, constata-se que o processo civil deve revisitar suas premissas para então apaziguar o vínculo que detém com o direito material. Cumpre repisar a importância do acesso à justiça para direitos difusos que possui, como instrumento, o processo. A essência desse direito subjetivo deverá ser operacionalizada pelo processo civil sob os ditames da efetividade e da participação para, com isso, fornecer o controle e a segurança de uma prestação jurisdicional adequada. Especialmente quando se fala de direitos difusos os quais apresentam relevância e grande influência para a sociedade atual e futura.

Como direito difuso eleito por este trabalho para aprofundamento, o meio ambiente pode ser, por vezes, um terreno excessivamente instável para a construção das estruturas racionais e abstratas do processo civil tradicional. São suas camadas diversificadas e ramificadas que expõe outra faceta da humanidade: sua pluralidade, história e condições de vida. Portanto, a proteção ambiental, como um interesse difuso, deve receber do processo civil moderno um tratamento diferenciado. O instituto da legitimidade processual é uma terminação sensível para tal problemática uma vez que a proteção ambiental é uma responsabilidade compartilhada por todos.

Para que o meio ambiente ecologicamente equilibrado possa existir necessita-se de canais onde os atores privados possam exercer seu dever de cidadania; pois o Estado nada pode sem a participação dos cidadãos.

A importância da questão exige um estudo atento do modo no qual os principais sistemas jurídicos enfrentam a matéria. No contexto da *common law*, opta-se pela análise do direito norte americano através da dinâmica instituída pela *Rule 23* que constitui as ações coletivas e nelas, os critérios de legitimidade processual. Também o modelo comunitário europeu oferece seus próprios pressupostos para o acesso à justiça em matéria ambiental mesmo frente ao obstáculo da soberania dos Estados-Membros. Por fim, como âmbito jurisdicional mais proeminente no cenário internacional, a Corte Internacional de Justiça merece igualmente um olhar reflexivo quanto seus mecanismos de participação.

Assim sendo, sabe-se que no Brasil a lei institui como legitimado processual dos direitos difusos entidades de natureza ou finalidade pública. Isso se deve à uma adaptação dos preceitos legais decorrentes das exigências cotidianas da sociedade e da Administração Pública. Assim, construção de novos mecanismos de legitimação ocorreram não de forma estratégica e com profunda reflexão teórica, mas, sim, como tentativas positivadas de adequação do método. Logo, questionamentos acerca de sua natureza jurídica são relevantes e estão presentes na doutrina como símbolo das dificuldades na conciliação do processo civil com os interesses difusos.

#### 4.1 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE E SUA NATUREZA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

Como se vê, as ações coletivas alteram o conceito até então estabelecido de processo no momento em que exigem não mais a solução de lides intersubjetivas, mas sim, de conflitos metaindividuais<sup>198</sup>. Interessante comentário de José Marcelo Menezes Vigliar ao apontar a permanência do vício imanentista em denominar tais ações de coletivas. Ainda que cientificamente as ações “não tenham nomes”, o autor menciona que essas formas de tutela servem tanto para demandas em que haja,

---

<sup>198</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, n. 59, ano 15, pp. 23-47, jul-set, 2007, p. 28.

acidentalmente ou não, o interesse coletivo<sup>199</sup>. Em verdade, o que caracteriza a tutela coletiva é o seu objeto que “refere-se a toda e qualquer modalidade de ação na qual se tutele direito individual”, decorrendo, assim, a indiferença quanto ao *nomen iuris* adotado<sup>200</sup>.

Tão logo são iniciadas, as ações coletivas já lançam desafios no campo da concepção de contraditório do processo civil. Isto porque, para a validade deste princípio, se faz necessário o oportuno oferecimento de “instrumentos de participação dos interessados”, considerando ainda que essa participação só existe se “houver efetiva legitimação de seus representantes”<sup>201</sup>.

Assim sendo, a legitimação em ações coletivas insere-se no microssistema normativo brasileiro construído pelo artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (LACP). Deve-se destacar que o art. 90 do CDC estendeu o regime processual à todos os direitos ali previstos tendo o art. 21 da LACP feito o mesmo em relação ao CDC. Neles, encontram-se os entes – que por sua importância histórica e desempenho – os quais o legislador entendeu aptos para adequadamente atender às exigências que a atuação jurisdicional destes direitos pode pleitear. Em face desta sistemática, discute-se a qualidade de tal legitimação uma vez que tais entidades representam interesses da coletividade mas, simultaneamente almejam a tutela de um interesse próprio.

Aqui, portanto, está mais que afastada a noção de legitimação ordinária cujo entendimento indica a coincidência entre a demanda e a titulariedade real ou aparente do direito demandado<sup>202</sup>. Porém, é questionável a aplicação automática em

<sup>199</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: **Ação Civil Pública**, Lei 7.347/1985, 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 441-457, 2002, p. 451

<sup>200</sup> ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60-61.

<sup>201</sup> LAMY, Eduardo de Avelar; TEMER, Sofia Orberg. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, ano 37, pp. 167-189, abr., 2012a, p. 168.

<sup>202</sup> ARMELIN, Donaldo. Processo civil e interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 116.

caso de defesa dos interesses difusos da legitimação extraordinária que ocorre “quando a lei autoriza que alguém demande ou venha a ser demandado, em nome próprio, para defender direito que, supostamente, em parte ou no todo não lhe pertence”, regime cristalizado pelo artigo 6º do Código de Processo Civil (CPC)<sup>203</sup>.

Neste ponto, pode-se dizer que o legislador adotou tal legitimação *mista*<sup>204</sup> para o sistema coletivo brasileiro. Compreensível esta sistemática escolhida para a proteção da tutela metaindividual visto que tratam-se de direitos “relativos a uma coletividade, um agrupamento de sujeitos que se unem por força de uma condição fática ou jurídica comum”<sup>205</sup>. Neste sentido, a própria natureza dos direitos metaindividuais obriga a revisão do “postulado da coincidência entre o titular do direito e quem o defende em juízo”<sup>206</sup> visto que a legitimidade processual não pode mais ser traduzida como referível à um titular específico.

Por este motivo é que o rol de legitimados da Ação Civil Pública sofreu forte influência jurisprudencial. Até a alteração dada pela Lei n. 11.448/2007 que acrescentou o inciso IV ao artigo 5º da Lei n. 7.347/1985, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), na qualidade de autarquia federal, não poderia propor Ação Civil Pública. Ora, como autarquia federal, pessoa jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira com poderes de polícia ambiental<sup>207</sup>, não poderia o IBAMA agir em juízo por causas que, muita das vezes, originava-se por sua iniciativa.

Por este motivo, levou-se ao Superior Tribunal de Justiça a discussão acerca do interesse de agir do IBAMA na propositura de Ações Cíveis Públicas. Grande progresso ao impasse foi realizado pelo seguinte precedente naquele foro:

---

<sup>203</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3 ed. rev. atual e amp. 4 vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 240.

<sup>204</sup> ABELHA, Marcelo. **Processo civil ambiental**. 4 ed. reform. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 83.

<sup>205</sup> ZUFELATO, Camilo. **Op. cit.**, 2011, p. 50-51.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>207</sup> BRASIL. Lei n. 7.735 de 1989. Art. 2º, I.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IBAMA. OBRA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. DEMOLIÇÃO E RESTAURAÇÃO DA ÁREA. INTERESSE DE AGIR CARACTERIZADO. ARTIGO 3º DA LEI Nº 7.347/85. REMESSA DO FEITO À ORIGEM.

I - O órgão autor da respectiva ação civil pretende ver reconhecida a ilegalidade da obra (imóvel residencial) já finalizada, em área de preservação ambiental, requerendo sua conseqüente demolição, bem como a restauração da área degradada, caracterizado, assim, seu interesse de agir, nos termos do artigo 3º da Lei nº 7.347/85.

II - Não há confundir-se possível desacolhimento ao pleito, com o interesse de agir.

III - Recurso provido, com a remessa do feito à origem para análise do mérito da demanda<sup>208</sup>.

Como se vê, o julgado acima descrito revela um *animus* do magistrado de ir além da lei ao criar uma via de acesso àquele interessado que se mostra legítimo para a defesa da pretensão em tela. Tal precedente rompeu com a previsibilidade dos atos processuais e buscou, na superação da forma, meios de reconhecer a validade da condição da ação da legitimidade processual. Assim, a desvinculação da lei pela acórdão do órgão colegiado determinou uma flexibilização do procedimento da Ação Civil Pública de modo a contemplar o IBAMA como entidade legitimada para figurar no pólo ativo das demandas objeto desta que é a ação coletiva por excelência.

O posicionamento revolucionário que este singelo precedente conquistou estimulou a introdução das autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista como legitimadas à propositura da ação principal e cautelar da Lei n.

---

<sup>208</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp N. 826.409/PB. Rel. Min. Francisco Falcão. Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Recorrido: José Carneiro da Silva. Julgado em: 02/05/2006. Publicado em: DJ 25/05/2006.



7.347/1985. Desde então, aprofundam-se as reflexões acerca do tema, verificando-se não apenas a evidente legitimidade do IBAMA na matéria, mas também, o interesse público à tutela ambiental por meio desta que é um exemplo de flexibilização procedimental. Neste sentido colacionam-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO-AMBIENTE. OBRA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DESFAZIMENTO. ÓRGÃO AMBIENTAL. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA 1ª SEÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO<sup>209</sup>.

AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. DEMOLIÇÃO DE GALPÃO CONSTRUÍDO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. INTERESSE PROCESSUAL. UTILIDADE E NECESSIDADE. CARACTERIZAÇÃO.

1. Na origem, o Ibama ajuizou ação civil pública, postulando a demolição de um galpão construído em área de preservação permanente e a reparação do dano ambiental.

2. A instância de origem extinguiu o processo, sem resolução de mérito, por vislumbrar a ausência de uma das condições da ação, a saber, o interesse processual.

3. De acordo com o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

4. As hipóteses de exceção à norma estão restritas a situações expressamente mencionadas na Carta Republicana e

---

<sup>209</sup> BRASIL. Primeira Turma. REsp N. 1.103.600/PB. Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA. Recorrido: Município de João Pessoa. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Julgado em: 22/03/2011. Publicado em: DJe 28/03/2011.

merecem interpretação restritiva (STF, ADI 2139, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJe 23.10.09). **Portanto, o exercício do direito de ação deve ser compreendido de forma a ampliar sua efetividade.**

5. **O interesse de agir acha-se caracterizado, já que o provimento é útil, pois se trata de demolição de prédio localizado em área de preservação permanente e necessário, já que apenas as decisões do Poder Judiciário ostentam as características de definitividade e a imparcialidade.** Precedentes: REsp 789640/PB, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 09/11/2009 e REsp 826.409/PB, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 25/05/2006.  
6. Recurso especial provido<sup>210</sup>.

Neste sentido, o interesse processual é aqui entendido a partir do binômio utilidade-necessidade do provimento, enfocando-se, destarte, o vínculo do ordenamento processual com o direito material. Uma aplicação predominantemente concretista ao se considerar que averiguação da pretensão afirmada inicialmente e de seu substrato probatório revelam elementos que permitem ao magistrado superar as amarras da lei e dar nova forma – qual seja, inovar este complexo ato que é o procedimento – à legitimidade processual e seu pressuposto básico.

Logo, em referência ao posicionamento das teorias do direito de ação, reconfiguram-se as premissas do processo civil que, atualmente, se mostra dinâmico e interdisciplinar. Neste sentido:

Até hoje resta saber, entretanto, se constituem condições para o exercício do direito de ação ou se são condições para a análise do mérito; se possuem natureza de

---

<sup>210</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp N. 859.914/PB. Rel. Min. Castro Meira. Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA. Recorrido: Município do Conde. Julgado em: 25/05/2010. Publicado em: DJe 16/06/2010 (grifo nosso).

questão processual ou se dizem respeito ao próprio mérito.

A premissa da qual partimos é a dos direitos fundamentais. Não nos preocupamos em iniciar nosso estudo tendo como objeto os institutos processuais propriamente ditos: buscamos interdisciplinariedade<sup>211</sup>.

Dito isto, prosseguindo na análise da natureza jurídica da legitimidade, atualmente é assente na doutrina que legitimação outorgada para as ações coletivas é *concorrente, disjuntiva e exclusiva*. Disjuntiva diz respeito aquela facultada a formação de litisconsórcio ou autorização de outro ente extraordinariamente legitimado para propositura da ação; assim poderá determinada entidade habilitada atuar sem qualquer empecilho por parte dos demais legitimados<sup>212</sup>. Legitimação concorrente, pois, dentre o rol de entidades habilitadas para defesa há solidariedade e a atuação de qualquer uma delas não exclui a outra<sup>213</sup>. Portanto, a legitimação concorrente refere-se ao compartilhamento da condição de legitimado extraordinário por uma ou mais pessoas<sup>214</sup>.

A exclusividade da legitimidade constitui – assim como a concorrência – espécie de legitimação autônoma, que é aquela indicativa da presença do legitimado ordinário no processo. Quando se diz que há exclusividade no interesse de agir do legitimado extraordinário, tenciona-se em afirmar que é reservado ao legitimado ordinário “a condição de parte acessória”<sup>215</sup> na ação, ou seja, que capacidade processual cabe apenas àquele que indicado pela lei.

Cabe lembrar que os institutos da substituição processual e legitimação extraordinária não se equiparam, uma vez que àquele é uma forma de legitimação extraordinária o qual “consiste na possibilidade de alguém, *em nome próprio*, defender

---

<sup>211</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Op. cit.**, 2009, p. 106.

<sup>212</sup> GIDI, Antônio. Legitimidade para agir em ações coletivas. In: **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 14, pp. 52-66, abril-jun, 1995, p. 55.

<sup>213</sup> Ibidem.

<sup>214</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Op. cit.**, 2012, p. 241.

<sup>215</sup> Ibidem.

em juízo *interesse alheio*<sup>216</sup>. Lembra Zavascki que a substituição processual é instituto de eficácia exclusivamente processual no qual aquele que pleiteia direito de outrem não o substitui na relação material. Desse modo, ao substituto é defeso a prática de atos que importem a disposição do direito ali resistido<sup>217</sup>.

Neste sentido, impede na doutrina questionamentos quanto o teor da natureza jurídica da legitimidade para agir em ações coletivas, se preencheriam os moldes de legitimidade ordinária, autônoma ou, ainda, de legitimação extraordinária. A principal motivação desta desavença reside no fato de que a “justa parte” na relação de titulariedade do autor com a pretensão de interesses difusos não pode ser identificada vez que seus sujeitos são indeterminados e seu objeto fluído<sup>218</sup>.

Na primeira posição, a legitimação detém a forma clássica segundo a qual o titular da ação pleiteia direito próprio em nome próprio. Destaca-se a doutrina de Kazuo Watanabe, de inspiração alemã, que amplia a interpretação do artigo 6º do CPC. Nas palavras do autor: “Parece-me que é possível interpretar-se o art. 6º do CPC com maior abertura e largueza, extraindo de seu texto a *legitimação ordinária* das associações e outros corpos intermediários, que sejam criados para a defesa de interesses difusos”<sup>219</sup>. O entendimento é seguido por Ada Pellegrini Grinover e Vincenzo Vigoriti<sup>220</sup>, além de recentemente,

---

<sup>216</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 25 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64. (grifo do autor).

<sup>217</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 64.

<sup>218</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 152.

<sup>219</sup> WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: **Revista de Processo**, São Paulo, n. 34, ano IX, pp. 197-206, abr-jun, 1984, p. 200 (grifo do autor).

<sup>220</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. In: **Revista Videre**, Dourados, n. 3, ano 2, pp. 101-116, jan-jun, 2010, p. 106.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro<sup>221</sup>. Fica compreensível tal posicionamento quando em análise a prestação jurisdicional de interesses difusos pleiteados por associações civis, pois evidente que a sua atuação decorre não apenas em função de sua pertinência temática, como também, constitui seu interesse a efetivação do pedido.

Aqueles que defendem a legitimação autônoma se inspiram na teoria do “direito de condução do processo” (*Prozessführungsrecht*) criada por Konrad Helling e cujo objetivo era a superação da lógica formal originada na concepção iluminista de ação. É o uma teoria baseada na autorização, por parte do direito objetivo, da condução do processo por um terceiro destituído de relação com o direito material subjacente<sup>222</sup>. Para tanto há uma ruptura, ou uma *desunião*<sup>223</sup>, entre a titulariedade do direito de ação de do direito material, de modo a afastar por inteiro a dicotomia de legitimação ordinária/extraordinária<sup>224</sup>. É partidário desta corrente Antônio Gidi, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que afirma a importância de se “observar a inconsistência pragmática de operar, em tela de ações coletivas, com a clássica dicotomia do direito processual ortodoxo que classifica a legitimidade processual em ordinária e extraordinária” uma vez que a legitimidade processual em ações coletivas opera de acordo com a aptidão do autor coletivo para o pleito diferentemente do que ocorre nas ações individuais, nas quais a legitimidade é determinada pela titulariedade do direito material<sup>225</sup>. Neste sentido, proclama que os direitos metaindividuais devem recepcionar a ação como válida quando a legitimidade estiver satisfeita exclusivamente no tocante ao seu critério objetivo, ou seja, “deve-se dar prevalência ao aspecto da legitimidade e relevância social do interesse (esses serão os títulos jurídicos); o portador desses títulos não o será em termos de exclusividade,

---

<sup>221</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Op. cit.**, 2012, p. 242.

<sup>222</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Op. cit.**, 2010, p. 109.

<sup>223</sup> GIDI, Antônio. **Op. cit.**, 1995, p. 57.

<sup>224</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Op. cit.**, 2012, p. 243.

<sup>225</sup> GIDI, Antônio. **Op. cit.**, 1995, p. 57.

mas de veículo ou instrumento *idôneo* a solicitar a tutela para aquele interesse”<sup>226</sup>.

No entanto, nenhuma das duas teorias foi adotada pela corrente majoritária na doutrina e jurisprudência. Atualmente, a tese da legitimação extraordinária ganha espaço e é reconhecida por aqueles que manejam ações de dimensões coletivas. Aqui, a legitimação se dá por substituição processual, sendo a lição de Chiovenda – na qual o substituto e o substituído detêm entre si um vínculo que consubstancia a condição para a legítima atuação processual<sup>227</sup> – o fundamento deste entendimento. No entanto, para evitar a discussão a respeito da configuração e os efeitos da relação estabelecida entre o substituto e o substituído, têm-se afirmado pela validade de da legitimação extraordinária por substituição processual apenas quando prevista em lei<sup>228</sup> e não mais como se pensava antigamente, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento. Este constituía o posicionamento de José Manuel Arruda Alvim que denominava estas hipóteses de legitimação conglobante<sup>229</sup>.

No entanto, como se viu, os interesses difusos impedem a apropriação individual em função da sua transindividualidade que assume contornos de grande relevância pública e assim sendo, a tese da legitimidade ordinária deveria subsistir apenas dentro da concepção abstrata de processo, uma vez que a norma processual estaria completamente liberada da norma material. Muito embora, considerando o direito de ação a partir da concepção instrumentalista – que pretende realizar um mínimo considerável de efetividade e participação – não há possibilidade de edificação e manutenção de um sistema processual neutro e inerte aos apelos das garantias materiais.

Porém, a problemática da natureza jurídica da legitimidade em ações coletivas torna-se ainda mais controvertida quando se comparam as correntes da legitimação ordinária com a autônoma. Na primeira, mantêm-se o cunho individualista do

<sup>226</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. cit.**, 1997, p. 156. (grifo do autor).

<sup>227</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo. In: **Revista de Processo**, v. 88, ano 22, pp. 185-207, out-dez, 1997, p. 193.

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 194.

<sup>229</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Op. cit.**, 2010, p. 103.

processo civil clássico ao se blindar com fundamento defesa *ideológica* daqueles que encabeçam a lide na defesa dos interesses difusos: não poderiam eles demandar direitos próprios uma vez são inapropriáveis. Ao passo que, na legitimação autônoma, a denúncia recai explicitamente na permanência do pensamento clássico de processo e na incoerência em enquadrar esta condição da ação a partir de do instituto da titulariedade dos interesses difusos, quando, é sabido, que esta é indeterminável.

Inobstante quaisquer posicionamento abrupto, o fato é que assim como o processo civil clássico hoje se curva à complexidade da modernidade em movimento, seus institutos tradicionais não podem mais ser enxergados na sua antiga perspectiva individualista. O contraditório, muitas vezes alegado como violado nas ações coletivas, deve também receber um entendimento alargado vindo a superar a garantia clássica de “participação *pessoal* dos litigantes no processo”<sup>230</sup>. Neste sentido, procede a visão crítica e ponderada do jurista Camilo Zufelato quanto aos contornos coletivos do princípio do contraditório e da ampla defesa:

Mas a concepção eminentemente individualista do princípio do contraditório e da ampla defesa não se coaduna com as características e os escopos das ações coletivas, que demandam a adoção de um sistema que atinja o maior número de interessados sem que esses tenham que *participar pessoalmente do processo*, nem mesmo para afastar o julgado desfavorável. Na realidade processual-coletiva, a faceta individualista do contraditório, representada pelo princípio do *audiatur et altera pars*, tornaria inviável a prestação jurisdicional. [...]. Resta claro, portanto, que a nova concepção do contraditório e da ampla defesa foi centrada nas adaptações aos institutos da legitimidade processual e coisa julgada, abolindo o perfil individualista do princípio para admitir um *devido processo legal coletivo*, no qual a presença pessoal dos

<sup>230</sup> ZUFELATO, Camilo. **Op. cit.**, 2011, p. 182.

interessados seria substituída pela de um representante ideológico do grupo ou *ente esponenziale*, que gozasse de legitimidade ativa, e a decisão final da demanada – e, por consequência, sua imutabilidade – se espraiasse para além do legitimado que tivesse levado o conflito em juízo, atingindo todos os interessados<sup>231</sup>.

Desta forma, refletir como a doutrina alienígena tem se posicionado acerca desta nova perspectiva de legitimidade processual que desvia a questão da construção legislativa para a esfera de aplicação do direito pelo juiz, atitude negavelmente compatível com a causística empregada pelo *common law*.

## 4.2 ACESSO À JUSTIÇA E LEGITIMIDADE NO DIREITO COMPARADO

### 4.2.1 O modelo norte-americano como horizonte

O surgimento do direito norte americano de ações coletivas é, para doutrina majoritária, o *Bill of Peace* da Corte de Chancelaria Inglesa. Posteriormente, as ações de múltiplos atores foram desenvolvidas através das *Equity Rules* de 1842 e 1912 que, diferentemente dos tribunais comuns, abriam espaço para que os interessados no litígio figurassem como partes no processo de modo a promover a justiça, evitar a pluralidade de ações sobre questões idênticas (*necessary party rule*). Cabia a Corte a apreciação desse pedido de participação a depender da conveniência de cada caso<sup>232</sup>.

O regime norte americano de ações coletivas foi, originalmente, orientado por um conjunto de regras de equidade e buscava a resolução das *group litigation* que possuíam função dupla: a redução da carga de processos sobre o Judiciário pela diminuição de ações propostas e o incentivo para instauração em conjunto de demandas cujos direitos eram de

<sup>231</sup> ZUFELATO, Camilo. **Op. cit.**, 2011, p. 182.

<sup>232</sup> ROQUE, André Vasconcelos. **Class actions** – Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos apreender com eles?. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 26 e 44-45



valor muito reduzido<sup>233</sup>. Já naquela época, o debate envolvia o respeito ao contraditório daqueles que não participam do processo e a denegação da extensão dos efeitos da coisa julgada para estes, sendo *West. v. Randall* o caso que melhor ilustra a questão. Datado de 1820, trata-se do conflito entre um morador de Massachusetts contra o gestor de seus negócios por suspeita deste ter dilapidado o patrimônio herdado de seu pai. Apesar de extinto o processo, no precedente levantam-se as primeiras considerações a cerca de ações coletivas do país. Isto porque, suscita-se a hipótese do falecimento do autor sem que este tenha herdeiros sem deixar herdeiros, possibilitando, assim, que todos os moradores do estado figurassem como no pólo ativo da causa. No voto, Joseph Story afirma que o litisconsórcio nem sempre é necessário para a realização da justiça sendo dispensável em certos casos que seria possível a atuação de poucos visando o benefício de todos ou mesmo, a constituição de uma associação voluntária que representasse o interesse geral<sup>234</sup>.

No tocante à legitimação para agir, o *case American Stoll Wire Co. v. Wire Drawer's & Die Makers' Unions*, de 1898, constitui um dos primeiros precedentes americanos em que se discutiu a representação de direitos coletivos em juízo. Nele, um sindicato de trabalhadores figurou no polo passivo por impedir a entrada de Pe. Paulowski, que era funcionário da empresa, também conhecido como fura-greve profissional. Na ocasião, apenas dois líderes sindicais foram indicados para receber a citação na qualidade de *representative* da categoria levando o Tribunal a decidir pela verificação do caso concreto e suas circunstâncias, da autenticidade da defesa e sua lealdade com o interesse de todos<sup>235</sup>. Com tal precedente, ocorreu a fusão entre o *common law* e *equity law* na Justiça Federal americana<sup>236</sup>. A novidade ampliou o instituto das ações coletivas para todos os tipos de direitos e não apenas àqueles amparados nos processos de equidade<sup>237</sup>. Além disso, foi a partir de então que as ações

---

<sup>233</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Op. cit.**, 2012, p. 65.

<sup>234</sup> ROQUE, André Vasconcelos. **Op. Cit.**, 2013, p. 45-46.

<sup>235</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Op. cit.**, 2012, p. 67.

<sup>236</sup> ROQUE, André Vasconcelos. **Op. Cit.**, 2013, p. 54.

<sup>237</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Op. cit.**, 2012, p. 68.

coletivas poderiam tratar inclusive de direitos de natureza indenizatória que estavam fora do âmbito da *equity law*<sup>238</sup>.

As *class actions* classificavam-se como puras (*true*), híbridas (*hybrid*) e espúrias (*spurias*). As primeiras eram referentes a interesses de unidade absoluta (*unity of interest*), ou seja indivisíveis, cuja prestação seria comum a todos os membros da classe (*joint or common*). Nas *class actions* híbridas, o direito não é mais único ou comum a todos, havendo uma pluralidade de direitos incidentes sobre um único objeto que seria distribuído ao final do processo a seus titulares. Seria o caso de fundos de seguro ou processos falimentares. Por fim, as *spurious class actions* caracterizavam-se pela pluralidade de interesses cuja origem era uma questão comum de fato ou de direito, em que as pessoas estavam ligadas a determinadas circunstâncias<sup>239</sup>. Em paralelo com o ordenamento pátrio, tais ações tratavam dos interesses individuais homogêneos.

Os efeitos da coisa julgada entre as partes das *class actions* não foram regulamentados pela *Rule 23*, restando a tarefa para jurisprudência e doutrina. Para as ações puras estariam todos os interessados vinculados plenamente à decisão uma vez que a natureza do direito tutelado é indivisível. Para as *hybrid actions*, o resultado da demanda esgotaria “o interesse dos membros ausentes, eis que restaria disciplinada a forma de distribuição do bem litigioso”<sup>240</sup>. Por fim, nas ações coletivas espúrias, a vinculação seria concedida apenas aos representantes das classes e aos ausentes que utilizaram-se do sistema *op-in* para ingressar na lide em razão da diversidade dos direitos envolvidos<sup>241</sup>.

Em virtude das dificuldades enfrentadas no cotidiano forense na conformação das categorias de *class actions*, o *Advisory Comittee on Civil* editou a matéria e instituiu, em 1966 uma reforma legislativa na matéria das ações coletivas. De modo geral, a *Rule 23* permanece com os mesmos parâmetros anteriores à Reforma de 1966. Subdividindo-se em cinco subseções, a norma estabeleceu os requisitos para admissibilidade (alínea a), as categorias de ações coletivas

<sup>238</sup> ROQUE, André Vasconcelos. **Op. Cit.**, 2013, p. 54.

<sup>239</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Op. cit.**, 2012, p. 69.

<sup>240</sup> ROQUE, André Vasconcelos. **Op. Cit.**, 2013, p. 57.

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 57-58.

(alínea b), a certificação das ações coletivas para determinação de seus efeitos (alínea c), possibilidade de realização de medidas à critério do juiz (alínea d) e, por fim, condições para estabelecimentos de acordos, compromissos ou ainda, em caso de desistência da demanda (alínea e)<sup>242</sup>.

Interessante nota diz respeito a recepção da jurisprudência às *class actions* desde sua consolidação pela reforma de 1966. Inicialmente as novas regras das ações coletivas foram bem acolhidas pelos tribunais não apenas pela oportunidade de melhor administrar do processo, mas também, pela ampliação dos direitos por elas tutelados. Após o entusiasmo e expansão do manejo das *class actions* houve uma diminuição de sua aplicação em razão dos abusos cometidos para distribuição dos recursos obtidos aos integrantes e pelas demandas temerárias que eram instauradas. Na década de 80, a utilização das ações coletivas se estabilizou e as demandas passaram a versar, principalmente, a cerca das ações de responsabilidade civil por danos massivos (*mass torts*) de modo a sobrecarregar o Judiciário. O Comitê Consultivo que havia realizado a reforma de 1966 apesar de não excluir a possibilidade, desaconselhava a utilização das ações coletivas para tais litígios pois considerava que a resolução das questões individuais no processo seriam muito superiores à análise das matérias comuns. No entanto, o contexto da época oferecia diversas causas que melhor seriam administradas com a utilização das *class actions*, como foram exemplos os litígios envolvendo as ações de indenização à exposição do Agente Laranja aos soldados que combateram na Guerra do Vietnã ou ainda a exposição da população aos efeitos tóxicos do amianto.

Frente à tais fatores a jurisprudência tornou-se mais flexível ao conferir as demandas a certificação de ações coletivas<sup>243</sup>. Em face de tal histórico já é possível perceber que o sistema jurídico das ações coletivas detém a virtude de moldar-se às necessidades do contexto histórico e político em que se encontram inseridas. Sob uma perspectiva crítica, é possível verificar que a dinâmica operada pelas cortes americanas no manejo de ações desta envergadura que permitem aos juízes a utilização das normas processuais sob a orientação do melhor

---

<sup>242</sup> ROQUE, André Vasconcelos. **Op. Cit.**, 2013, p. 61.

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 63-67.

resultado possível para a prestação jurisdicional. Talvez por tal motivo as reformas subsequentes iniciaram-se somente trinta anos depois, sendo que algumas delas serviram apenas para consolidar práticas estabelecidas pela jurisprudência<sup>244</sup>. Assim sendo, vale destacar que o clássico brocado inglês *remedies precede rights*<sup>245</sup> permanece até hoje na natureza do *common law* e permite uma apreciação das condições da ação de maneira mais concreta e pragmática para o deslinde do litígio.

Em função dos objetivos estabelecidos para este trabalho, o enfoque do seu estudo será dado sobre as questões acerca da legitimidade processual para propositura de seus litígios cujos critérios são verificados através dos itens 1 a 4 da alínea a.

### **Rule 23**

**(a) PREREQUISITES.** One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

- (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;
- (2) there are questions of law or fact common to the class;
- (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
- (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class<sup>246</sup>.

Para a verificação da admissibilidade da ação coletiva dois pressupostos são indispensáveis: a classe e o representante. São dois elementos que caracterizam a existência e validade da ação sendo que a sua autorização poderá ser derrubada por juiz de segunda instância tornando inapta, assim, a ação coletiva.

No tocante à classe, não há no ordenamento americano definição legal para o conceito que é entendido pela doutrina de

<sup>244</sup> ROQUE, André Vasconcelos. **Op. Cit.**, 2013, p. 68.

<sup>245</sup> DAVID, René. **O direito inglês**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5.

<sup>246</sup> FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE. Disponível em: <<http://tinyurl.com/posz3su>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

Stephen Yeazell como uma espécie de "entidade litigante temporária"<sup>247</sup>. Costuma-se, na prática forense, deixar ao requerente a incumbência de definir os limites subjetivos da ação ao descrever genericamente a qual classe se propõe a demanda, como por exemplo, a todos os habitantes do Estado de Ohio, etc. No entanto, a compreensão do termo no aspecto pelo qual se insere na regra é essencial uma vez que detém ele uma dupla função. A classe determina, antes de tudo, os contornos da class action pois, diferentemente do direito pátrio, no qual os limites da classe à qual a decisão ficará vinculada não são determinados pela espécie de direito material tutelado – difuso, coletivo ou individual homogêneo – mas, sim, pelo critério processual da admissibilidade da ação. Enquanto a identificação dos membros do grupo caracteriza a primeira função na definição do termo "classe", a segunda consiste em "conferir um mínimo de estabilidade necessária para a tutela dos direitos e interesses coletivos"<sup>248</sup>.

Desta forma, não exige-se a enumeração *prima facie* de todos os integrantes da classe mesmo porque o lapso temporal da ação acarreta uma rotatividade considerável nas circunstâncias de fato que definem o interesse de seus membros. Por consequência, requer-se que os integrantes sejam ao menos determináveis, de modo que recomenda-se a definição da classe através de termos precisos para estabelecimento de critérios objetivos de reconhecimento de seus integrantes presentes e futuros. Assevera, nesse sentido, André Vasconcelos Roque que a definição dos contornos subjetivos da class action deverá se realizar através da definição de classe que seja abrangente à

todos os indivíduos necessários para uma resolução eficiente das questões comuns através de um único procedimento. Não se deve defini-la em termos tão restritos que um número substancial de integrantes fique excluído da class action, mas também não se pode ampliá-la a tal ponto que sejam envolvidas pessoas com interesses conflitantes ou que tornem impraticável o processamento coletivo. Uma classe poderá

---

<sup>247</sup> ROQUE, André Vasconcelos. **Op. Cit.**, 2013, p. 72.

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 73.

eventualmente ser definida em âmbito interestadual ou nacional, devendo se atentar neste caso para as diferentes leis estaduais aplicáveis aos integrantes do grupo, o que pode causar dificuldades de administração do processo coletivo<sup>249</sup>.

No que diz respeito ao pressuposto da representação, aqui reside a maior diferença entre as ações coletivas e o litisconsórcio<sup>250</sup>. Ela caracteriza o vínculo existente entre o representante, as partes que defendem os interesses do grupo no processo e os membros ausentes que compõe a classe. Neste sentido, deve-se considerar as peculiaridades do instituto da legitimidade (*standing to sue*) no direito norte-americano. A instauração das *class actions* pode ser realizada pelo Estado, associações ou indivíduos mas são, especialmente esses últimos, os protagonistas maioria das ações coletivas já realizadas. Assim sendo, embora no Brasil a legitimidade processual seja relegada primordialmente ao Ministério Público, órgãos e entidades de direito público ou associações caberá ao indivíduo apenas a propositura da ação popular cujo alcance da atuação desta ação será restrita à anulação ou declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público<sup>251</sup>.

A definição da classe e a importância do papel do representante figuram como sendo, assim, os dois pressupostos que constroem a legitimidade nas ações coletivas no ordenamento jurídico norte americano. No entanto, tal sistema não dispõem de forma sistematizada as condições da ação, relegando o estudo da legitimidade em conjunto com o interesse de agir, pois considera-se que a existência da legitimidade pressupõe o interesse concreto e particularizado. A perspectiva individualista do Direito estadunidense requer que a admissibilidade passe por um duplo exame: inicialmente verifica-se a legitimidade do representante para que, em seguida, seja reconhecidos os seus requisitos gerais e as categorias da regra 23<sup>252</sup>. Portanto, os quatro requisitos dessa norma deverão ser simultaneamente preenchidos e ainda, deverá a ação ser

<sup>249</sup> ROQUE, André Vasconcelos. **Op. Cit.**, 2013, p. 74-75.

<sup>250</sup> Ibidem, p. 76.

<sup>251</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>252</sup> ROQUE, André Vasconcelos. **Op. Cit.**, 2013, p. 79 e 81.

compatível com ao menos um dos tipos previstos pelo item (b) da mesma regra.

Pelo critério objetivo da *Rule 23 (a) (1)* é requisito para admissibilidade da ação coletiva aquela na qual seria impraticável a formação de litisconsórcio (*numerosity*). Tal disposição atende a finalidade das *class actions* de economia processual, proporcionar o acesso à justiça e evitar o ajuizamento de múltiplas demandas individuais que possuem questões em comum<sup>253</sup>.

O segundo requisito, expresso na regra 23 (a) (2) captura a essência de qualquer ação coletiva: considera indispensável a presença de questões de fato ou de direito que sejam comuns a todo o grupo permitindo, com isto, uma resposta unitária à demanda (*commonality*). Trata-se de um critério objetivo de observância obrigatória ainda que não seja a questão predominante no processo. Basta que ela exista e possua o mesmo fundamento legal ou ainda decorram das mesmas circunstâncias fáticas relevantes à lide<sup>254</sup>.

Existe ainda o requisito da *typicality*, ou seja, as pretensões típicas da demanda. É um requisito subjetivo e está atrelado à qualidade do representante em pleitear interesses dos membros, especialmente os ausentes, da classe. Surgido a partir da reforma de 1966, o requisito da tipicidade significa, em suma, a existência de verossimilhança dos interesses individuais do representante com o grupo. Portanto, a “tipicidade consiste em uma análise da relação entre os interesses pessoais do representante e dos representados”<sup>255</sup>.

A representatividade adequada, por sua vez, está regulamentada pela *Rule 23 (a) (4)*, onde se estabelece que “as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe”. Tal disposição encontra proteção no princípio constitucional do devido processo legal e é de extrema importância uma vez que no sistema das *class actions* a coisa julgada detém eficácia *erga omnes*, independentemente do resultado da demanda ou da manifestação voluntária dos interessados ausentes da lide (*absent class members*)<sup>256</sup>. O

<sup>253</sup> Ibidem, p. 111-113.

<sup>254</sup> Ibidem, p. 118-123.

<sup>255</sup> Ibidem, p. 123.

<sup>256</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Op. cit.**, 2012, p. 78.

sistema de vinculação, no entanto, pretende balancear o peso de uma coisa julgada *erga omnes*. Pelo modelo norte americano, cujo sistema de exclusão (*opt-out*) foi adotado, exige a comunicação prévia das partes interessadas para que estas manifestem o interesse de retirarem-se da lide, não sofrendo assim, com os efeitos da decisão: seja ela qual for. Além deste, há o sistema de inclusão (*opt-in*) adotado em países como a Inglaterra e China, e o sistema da eficácia *secundum eventum litis*, que condiciona a ineficácia ao desprovemento do pedido por falta de provas. Este é o sistema adotado pelo Brasil em sede de ação popular.

Através deste critério objetivo, os órgãos judiciais detêm o dever de fiscalizar e zelar pelo cumprimento de uma representação considerada adequada através da ponderação de múltiplos fatores como

o comprometimento com a causa, a motivação e o vigor na condução do feito, o interesse em jogo, as disponibilidades de tempo e a capacidade financeira, o conhecimento do litígio, honestidade, qualidade de caráter, credibilidade e, com especial relevo, a ausência de conflito de interesse<sup>257</sup>.

Dentre tais fatores, dois são os critérios essenciais para adequação da representação: que não haja entre o representante e o grupo antagonismo ou conflito de interesses somado a capacidade de assegurar uma vigorosa tutela daquele que comparece em juízo como representante<sup>258</sup>.

Assim, o instituto da representatividade adequada é de matéria de extrema relevância em razão da possibilidade de decretação de invalidade ou ineficácia da decisão para partes ausentes<sup>259</sup>. De modo que, tal mecanismo produz a vantagem de certificar não apenas o acesso à justiça de tais interesses, mas, principalmente, a qualidade em que tal acesso é exercido, uma

<sup>257</sup> Ibidem, p. 79-80.

<sup>258</sup> GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In: **Revista de Processo**, n. 108, ano 27, pp. 61-70, out-dez, 2002, p. 67.

<sup>259</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Op. cit.**, 2012, p. 80.



vez que aprimora o desempenho da prestação jurisdicional daqueles que se posicionam como porta voz da coletividade.

Nesta linha, foi desenvolvido um estudo pioneiro de Louis Jaffe onde foi cunhado o termo “partes ideológicas” (*ideological plaintiff*) para designar a legitimação para agir de interesses do público em geral, das classes ou grupos, mas, principalmente, daqueles que não se encontram em causa<sup>260</sup>. O *ideological plaintiff* reflete o estágio de evolução da questão de representação de ações coletivas, em especial aquelas que versam sobre interesses difusos como a proteção da natureza (*environmental lawsuits*). O motivo desta afirmação jaz nas exigências da comprovação violação de interesse legalmente protegido ou de *special interest*, no passado, como verificação do preenchimento da condição de ação pertinente à legitimidade. À época, atos administrativos não sofriam o controle judicial *in abstracto*, reclamando assim, tal comprovação para redução do *judicial review* a um caso específico<sup>261</sup>.

Desta forma, o objetivo principal do instituto da *adequacy of representation* é a garantia, na medida do possível, da produção de um resultado que não seja substancialmente distinto do atingido em ação individual hipotética<sup>262</sup>. Para este modelo, o autor ideológico constitui um *real party in interest*, correspondendo assim, em um legitimado ordinário<sup>263</sup>.

Essa legitimação ordinária, no entanto, é determinada por meio de um *critério objetivo*, qual seja, dos fatores que demonstram a reunião de condições para tutela em juízo dos interesses da classe. Para tanto, se verifica a idoneidade dessa representação através do exercício, pelo juiz, da *defining function*, que é “a função de definir se trata ou não de uma *class action*, e se a representação no caso concreto, é adequada”<sup>264</sup>. Ao final desta ponderação, expede-se uma certificação de que aquela demanda diz respeito à uma *class action*.

---

<sup>260</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 58.

<sup>261</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, **Op. cit.**, 1997, p. 164.

<sup>262</sup> GIDI, Antônio, **Op. cit.**, 2002, p. 66.

<sup>263</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, **Op. cit.**, 1997, p. 165.

<sup>264</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo, **Op. cit.**, 1997, p. 163.

A importância do critério da representatividade adequada, cada vez mais reverenciado pela doutrina, está vinculada a possibilidade de controle, pelo juiz, dos prejuízos que a má administração da justiça poderiam ocasionar ao interesse público. Logo, colocar à disposição do magistrado instrumentos como estes permitem a realização da melhor tutela ambiental possível de modo que se pode auferir a veracidade e legitimidade da pretensão defendida pelo interessado tanto obstaculizando qualquer indevida utilização da demanda<sup>265</sup> quanto permitindo a proteção do direito em causa pelo representante ideal.

Observa-se, neste sentido, que o modelo norte-americano pode servir como um horizonte à atual sistemática brasileira que está restrita ao estabelecimento, pela lei, da presunção de legitimidade adequada de ações coletivas. Nas *class actions* há um duplo critério que auferia a adequação da legitimidade: a *Rule 23 (a) (4)* e o resultado da *defining function* exercida pelo juiz. Vislumbra-se, portanto, uma sistemática mais preocupada em conferir não apenas o acesso à justiça, mas principalmente, a qualidade deste acesso.

Ainda assim, em que pese tais vantagens, as controvérsias que envolvem uma possível recepção de tal instituto de *common law* em um sistema de raízes no Direito continental, como é o brasileiro, levanta inúmeros questionamentos, como a outorga de maiores poderes, assim, maior responsabilidade, ao magistrado.

#### **4.2.2 O modelo comunitário europeu: da estrutura à aplicação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia**

Neste aspecto, cabe refletir sobre o contexto do direito comunitário europeu, em que a legitimidade dos atores privados é parcial criando-se, assim, obstáculos para o acesso ao Tribunal de Primeira Instância e para a Corte de Justiça da União Europeia.

É curioso pensar que a vasta extensão do continente europeu, com uma intensa diversidade cultural, pôde ser unificada sob um regime político-jurídico. Da mitologia de Homero, *Europé* designa aquilo “que vê ao longe” e representa a filha de Agenor raptada

---

<sup>265</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Op. cit.**, 2009, p. 67-68.

por Zeus. Em sua procura, territórios foram desbravados levando ao início da civilização mediterrânea.

Pelos séculos o que se apresenta hoje como Europa simboliza o concerto de heranças das mais diversas culturas na qual o “espírito de entendimento, de cooperação efectiva e de enriquecimento único” moldam a decisão de criar uma unidade de forças de vontades livres<sup>266</sup>.

Após uma fase de cooperação seguida de outra de integração, com a formação de uma diversidade de organizações complexas, é firmado, em 1957 o Tratado de Roma que institui a Comunidade Econômica Europeia (CEE). Ainda que voltada para a homogenização de um mercado interno cuja circulação de mercadorias fosse facilitada, desenvolveu-se nos quarenta anos que precederam a CEE o senso de que exsurgia a necessidade de uma adaptação do sistema institucional comunitário para a integração completa entre os Estados-Membros. O Tratado de Maastricht (1992) simboliza essa mudança com o surgimento da noção de *cidadania comunitária* fundamentada nos conceitos de supranacionalidade, na preocupação com uma política externa comum e interrelacionada através de uma cooperação judiciária e policial. Eis que nasce a União Europeia (UE) e com ela, uma etapa inovadora para a gradual união entre os povos europeus na qual serão tomadas decisões “ao nível mais próximo possível dos cidadãos”, como dispõe o Artigo A do Tratado de Maastricht (1992)<sup>267</sup>.

Todo o esforço integracionista da formação da União Europeia e da base jurídica do Direito Comunitário estaria em risco sem a consagração de uma estrutura forte com sistema de garantia judicial eficaz. A formação de uma jurisdição comum competente para a resolução de casos envolvendo membros do bloco europeu ocorreu em 1952 com a instituição do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Na qualidade de tribunal supranacional, esta instituição zela pela ordem e autonomia do Direito Comunitário em face dos pressupostos do Direito

---

<sup>266</sup> CAMPOS, João Mota de.; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Manual de direito comunitário**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 26.

<sup>267</sup> Tratado de Maastricht (1992). Artigo A. Disponível em: <<http://tinyurl.com/kwtum4j>>. Acesso em 11 mar. 2013.

Internacional<sup>268</sup>. As decisões do TJUE são de observância obrigatória dos Estados pois detêm força executiva de acordo com o artigo 244 do Tratado da Comunidade Europeia e orientam-se pelo princípio da primazia da norma comunitária sobre a nacional<sup>269</sup>. Trata-se de uma instituição permanente e independente com sede em Luxemburgo, que têm logrado êxito ao estabelecer um diálogo com os tribunais nacionais e assim, assegurado de forma satisfatória a unidade, coerência e eficácia do *corpus juris* do ordenamento comunitário<sup>270</sup>.

Dentre as competências atribuídas ao TJUE está o julgamento da legalidade dos atos das instituições comunitárias, a apreciação de eventual violação das obrigações decorrentes dos Tratados e a garantia da uniformidade da interpretação Direito Comunitário<sup>271</sup>. Assim sendo, não lhe cabe julgar ou reformar qualquer decisão proferida em sede de jurisdição nacional na forma de um Tribunal hierarquicamente superior: o TJUE, portanto, apenas exerce sua competência sob os Estados-Membros de forma indireta seja para interpretar o direito comunitário, seja para apreciar a validade dos atos das Instituições. Com o objetivo de atender a elevada demanda jurisdicional, a estrutura TJUE é subdividida pelo artigo 19 do Tratado de Maastrich (1992) através da distribuição das suas competências entre o Tribunal Geral e as demais Cortes: tais como o Tribunal de Justiça e os Tribunais especializados. Tendo em vista os limites deste trabalho, apenas a competência delegada ao Tribunal Geral será aprofundada.

O Tribunal Geral, antigamente conhecido como Corte de Primeira Instância, responde por ações diretas trazidas por pessoas naturais ou jurídicas contra atos ou omissão de instituições, órgãos, secretarias ou agências da União Europeia ou seus regulamentos, desde que haja interesse direto e individual em fazê-lo. Também atuam no julgamento de recursos

<sup>268</sup> SILVA, Karine de Souza. **Direito da comunidade europeia**: fontes, princípios e procedimentos. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 85.

<sup>269</sup> KEGEL, Patrícia Luíza. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. In: BARRAL, Welber (Org.) **Tribunais internacionais**: mecanismos contemporâneos de soluções de controvérsias. p. 155-176. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2004, p. 155.

<sup>270</sup> CAMPOS, João Mota de.; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Op. cit.**, 2004, p. 187.

<sup>271</sup> KEGEL, Patrícia Luíza, **Op. cit.**, 2004, p. 158.

interpostos por Estados-Membros contra a Comissão ou ainda, contra o Conselho em relação aos atos que foram adotados em relação financeira e comercial. Sua atuação se estende às ações destinadas a obter ressarcimento de danos provenientes das instituições europeias ou de seus agentes. Sendo estes os principais campos de atuação do Tribunal Geral<sup>272</sup>.

Diferentemente do que possa parecer, o direito comunitário não é aplicado apenas nos limites destas instituições; são os juízes nacionais que vivificam o direito material da União Europeia<sup>273</sup> e o fazem aplicando o comando de três espécies legislativas: Regulamentos, Diretivas e Decisões.

Como ato jurídico da União, dispõe o artigo 189 do Tratado de Maastricht (1992) que as Diretivas vinculam o Estado-membro quanto ao resultado a alcançar, delegando as formas e os meios necessários às competências nacionais. Com isto, há margem de escolha por parte dos destinatários da Diretiva para estabelecer regras que estejam em consonância com o direito nacional. Essa discricionariedade revela uma função pouco ambiciosa de aproximação entre o Direito Comunitário e as legislações nacionais uma vez que preserva as particularidades do sistema jurídico de cada Estado-Membro<sup>274</sup>. Também inclui-se, no mesmo artigo, a regra da aplicabilidade direta dos regulamentos que estabelece a tese na qual as Diretivas não originariam direitos subjetivos individuais não constituindo, assim, um comando de observância direta e obrigatória. Assim, diferentemente dos Regulamentos, o conteúdo de uma Diretiva não poderia ser diretamente aplicado, sendo o Estado-Membro obrigado apenas a realizar sua transposição em sede de legislação doméstica.

O que resta inquietante nesta tese é o fato de que – na hipótese de um Estado-Membro deixar de realizar a transposição de determinada Diretiva ao âmago do direito nacional – o particular ou organização fica impossibilitado de pleitear o conteúdo disposto naquela legislação comunitária. Desta forma, a única via conduta para defesa de seus direitos em

---

<sup>272</sup> CURIA, Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>>. Acesso em 14 mar. 2013.

<sup>273</sup> SILVA, Karine de Souza. **Op. cit.**, 2005, p. 84.

<sup>274</sup> CAMPOS, João Mota de.; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Op. cit.**, 2004, p. 329.

face de outro Estado, empresa ou mesmo indivíduo seria a denúncia do fato à Comissão Europeia para que esta, na qualidade de guardiã da legalidade comunitária, acionasse o responsável através de uma ação de incumprimento. Na qual, aquele que encaminhou a queixa não poderia ao menos intervir<sup>275</sup>. No entanto, o entendimento de que as Diretivas não podem modificar, por si só, o ordenamento nacional e alterar situações jurídicas foi derrubado a partir da jurisprudência do TJUE<sup>276</sup> nos precedentes do Caso Van Dyun C 41-74 (1974) e o Caso Francovich C 6-90 (1991).

Porém, como dito linhas antes, o dever do Estado-Membro frente às Diretivas é de resultado a atingir, não sendo possível pois, que o conteúdo deste ato jurídico comunitário fosse diretamente aplicável tão logo entrasse em vigor. O princípio da aplicabilidade direta das Diretivas comunitárias é condicionado aos seguintes critérios:

- a) as disposições da Diretiva devem ser suficientemente claras e precisas; os direitos invocados não poderão estar sujeitos à qualquer condição ou obrigação;
- b) não deve haver margem de apreciação por parte do legislador nacional a cerca do conteúdo dos direitos ali instituídos e, por fim; deve o prazo para transposição da Diretiva ter se extinguido<sup>277</sup>.

Como se expõe, a aplicabilidade direta possui a finalidade de coibir qualquer comportamento abusivo por parte dos Estados Membros quando deixam de cumprir o direito comunitário. Está presente neste princípio um efeito sancionatório aqueles destinatários da Diretiva que deixam de transferir os direitos ali salvaguardados para o âmbito do direito interno. Com prudência, o TJUE têm reconhecido a aplicabilidade direta apenas em casos

---

<sup>275</sup> CAMPOS, João Mota de.; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Op. cit.**, 2004, p. 367.

<sup>276</sup> Ibidem, p. 335.

<sup>277</sup> BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5. ed. Bruxelles: Comissão Europeia, 2000, p. 67.

envolvendo cidadãos em face de Estados-Membros e, ainda, quando lhes são benéficos<sup>278</sup>.

Da mesma forma, o reconhecimento do efeito direto na perspectiva horizontal (particulares-particulares) permanece ainda como doutrina, uma vez que é entendimento do TJUE da impossibilidade de responsabilização dos cidadãos por omissão do Estado em positivar o direito comunitário ou ainda, em decorrência de simples repercussões negativas à direitos de terceiros. No entanto, em termos de proteção ambiental, uma ponderação deve ser feita, como indica a lição de Branca Martins da Cruz:

Não se afigura por isso razoável que o cidadão, bem como as organizações não governamentais de defesa do meio ambiente, sejam privados do respectivo direito natural de agir judicialmente contra os poluidores particulares, exigindo directamente a reparação do dano.

Temos sérias dúvidas de que o ambiente seja melhor defendido pelo Estado do que pelo cidadão lesado no seu direito a um ambiente são e ecologicamente equilibrado, que é obrigação constitucional de todos defender<sup>279</sup>.

Assim, a constituição de obrigações *erga omnes* pelas diretivas no direito comunitário poderiam, em um futuro próximo, ter seus efeitos aplicados em perspectiva horizontal, qual seja, entre particulares. No sentido de que, deste modo, a efetividade de seus preceitos seria ampliada resultando, por consequência, um crescimento da cooperação internacional.

Como ato jurídico do direito comunitário, a Diretiva 2004/35 é a principal espécie legislativa que regula os aspectos materiais da responsabilidade ambiental. Com entrada em vigor em abril de 2004, a Diretiva 2004/35 é orientada pelo princípio do

<sup>278</sup> BORCHARDT, Klaus-Dieter. **Op. cit.**, 2000, p. 67.

<sup>279</sup> CRUZ, Branca Martins da. Avanços e retrocessos do direito do ambiente na Europa comunitária: análise crítica da directiva 2004/35/CE relativa à responsabilidade ambiental. In: **Lusiáda**: revista de ciência e cultura. Porto, n. 1-2, pp. 267- 288, 2004, p. 270.

poluidor-pagador e dispõe acerca da responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais. Este ato normativo é resultado da proposta apresentada pela Comissão Europeia nos termos do que já se discutia na ocasião do Livro Branco<sup>280</sup> e constitui uma abordagem administrativa da responsabilidade ambiental distanciando-se de um sistema de compensação do direito privado até então predominante<sup>281</sup>.

No tocante ao acesso à justiça, a Diretiva 2004/35 possui uma abordagem de direito público. Nela, a autoridade competente é quem exigirá do operador o comportamento de reparação ou prevenção dos danos cabendo aos particulares uma função tipicamente fiscalizadora<sup>282</sup>. Desta forma, podem os particulares (pessoas físicas ou jurídicas), assim como as ONGs, interpor observações contra agências governamentais cujas funções de fiscalização e gestão ambiental não estão sendo corretamente aplicadas. Estas observações devem indicar, como fundamento probatório, dados e informações relevantes cabendo à autoridade competente recebê-las ou rejeitá-las por motivo devidamente expresso, como determina os artigos 12,2 e 12,4 da Diretiva 2004/35 respectivamente.

Apesar da regulação comunitária europeia a cerca da responsabilidade ambiental possuir grandes vantagens para a causa, não faz a Diretiva 2005/34 de todo perfeita. A possibilidade de estipular a sujeição à todos os Estados-Membros de um único regime de reparação e prevenção de danos ecológicos traz limitações, especialmente, no tocante ao acesso à justiça.

Em primeiro lugar, a oferta das observações à autoridade competente – e à ela apenas – limita o exercício de participação e acesso à justiça de modo substancial. Ainda que receba a denúncia de particulares de modo geral, a autoridade competente não irá analisar o mérito da omissão, do ato ou

<sup>280</sup> CRUZ, Branca Martins da. **Op. cit.**, 2004, p. 272.

<sup>281</sup> WINTER, Gerd *et al.* Diretiva da comunidade europeia sobre responsabilidade ambiental. In: WINTER, Gerd (Org).

**Desenvolvimento sustentável, OGM e responsabilidade civil na União Europeia.** Tradução: Carol Manzoli Palma. Campinas, SP: Millennium, 2009, p. 100.

<sup>282</sup> OEHLER, Ulla. Environmental Liability and GMOs in the EU and in Germany. In: **Exeter Papers in European Law**, n. 15. Exeter: Centre for European Legal Studies, 2004, p. 10-14.



decisão perpetrados, apenas irá confirmá-los ou cassá-los. Sendo que, também não há prazo para esta apreciação.

Como bem aponta Gerd Winter, estes direitos de intervenção normalmente são ineficazes uma vez que tais “tribunais concedem às agências de fiscalização uma discrição mais ou menos ampla de decidirem se vão agir e de que modo será a ação feita”<sup>283</sup>. Após o imprescindível esgotamento da esfera administrativa é que o particular poderá, por força do art. 13,1 da Diretiva, pleitear ao tribunal judicial nacional o controle de legalidade processual ou substantivo das decisões, atos ou omissões da autoridade competente.

Note-se, portanto, que não há na Diretiva 2004/35 a determinação de procedimentos próprios do direito comunitário, cabendo ao direito nacional de cada Estado-Membro a construção de meios processuais próprios para a garantia do direito de participação e acesso à justiça. O que pode ser por alguns países comemorado – em especial aqueles que já possuem mecanismos de tutela coletiva adequados à questão ambiental como, p. ex., Portugal cuja Ação Popular inspirou a criação da Ação Civil Pública brasileira – não facilita a realidade de muitos sistemas de justiça que detêm dificuldades em regular conflitos de cunho ecológico.

Em segundo lugar, o artigo 12, 1, c da Diretiva 2004/35 ainda que expressamente reconheça às ONGs ambientalistas atuantes a capacidade de possuírem interesse suficiente para apresentar observações, relegam aos Estados Membros a determinação do que constitui “interesse suficiente” e a criação de critérios para o exercício deste direito. Flexibilizando, desta forma, a determinação do conceito ali estabelecido à interpretação de cada Estado-Parte.

Por fim, o respeito ao princípio da subsidiariedade impede o acesso de pessoas e organizações não governamentais ao TJUE antes de esgotada a jurisdição nacional e com isto, determina no artigo 13, 2 que “a presente directiva não prejudica as disposições de direito nacional que regulem o acesso à justiça”. Por força deste dispositivo, há uma permissão aos Estados-Membros em não alargar as vias de acesso à justiça e “manterem-se em procedimentos de reclamações administrativas aos procedimentos jurídicos. Este é um recuo significativo dos

---

<sup>283</sup> WINTER, Gerd. **Op. cit.**, 2009, p. 109-110.

últimos progressos realizados em nível Europeu com relação aos direitos de recursos judiciais das ONGs<sup>284</sup>. Deste modo, também aqui se perde a chance de se fazer impor aos Estados-Membros garantias mais efetivas de participação e acesso à justiça, atitude esta que acaba por prejudicar aquelas nações que priorizam a matéria em detrimento de interesses econômicos.

#### 4.2.3 O modelo internacional e a limitada legitimidade na Corte Internacional de Justiça

Nico Schrivver afirma que a legitimidade processual está se tornando gradualmente uma importante premissa nos processos de tomada de decisão em nível nacional e internacional. Para o autor, o maior desafio é estruturar “como esta multidão colorida de atores relevantes pode ser posta em contato uns com outros e como suas atividades podem ser sintonizadas entre si”<sup>285</sup>. O principal resultado da participação de atores paraestatais é a sistemática de “implementação distribuída” que provoca uma mudança não *dos*, mas, *nos* regimes intergovernamentais, de forma a alargar a natureza dos arranjos institucionais<sup>286</sup>.

Neste sentido, cumpre compreender o modo pelo qual é proporcionado o acesso à mais influente e tradicional jurisdição internacional. A CIJ é o tribunal internacional mais antigo e único sendo que sua competência é geral para qualquer tipo de disputa cuja jurisdição é formada por consenso entre as partes<sup>287</sup>. A Corte foi constituída como principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas (ONU) – arts. 7(1) e 36(3) da Carta das Nações Unidas – e é composta por um corpo de julgadores independentes eleitos entre pessoas de caráter moral

<sup>284</sup> WINTER, Gerd. **Op. cit.**, 2009, p. 113.

<sup>285</sup> SCHIRJVER, Nico. **The evolution of sustainable development in international law: inception, meaning and status**. Martinus Nijhoff, 2008, p. 227.

<sup>286</sup> KHAGRAM, Sanjeev; SALEEM, H. Ali. In: CONCA, J. P. K.; FINGER, M. (Eds). **The crisis of global environmental governance: towards a new political economy of sustainability**. London and New York: Routledge, 2008, p. 153-154.

<sup>287</sup> PELLET, Alain. Remarks on proceedings before the international court of justice. In: VECCHIO, Angela Del. **New international tribunals and new international proceedings**. Roma: Giuffrè, 2006, p. 99.

para composição de um quadro que respeite uma distribuição geográfica equitativa antigamente entendida como “os principais sistemas legais do mundo”<sup>288</sup>. No entanto, a CIJ não vincula os Estados-Membros que, por força do artigo 95 da Carta das Nações Unidas, podem demandar em outros tribunais por acordos já existentes ou futuros, não se constituindo portanto, a última instância mundial.

Quando surgem conflitos de cunho internacional cuja aplicação do direito internacional seja necessária, serão os Estados as partes legitimadas para ingressar com a ação por força do artigo 34 (1) do Estatuto da CIJ que dispõe: “Só os Estados poderão ser partes em causas perante o Tribunal”. Assim, a intervenção em ações contenciosas em âmbito da CIJ só poderá ser operada por intermédio de Estados.

No entanto, poderá ser formado uma espécie de litisconsórcio entre dois ou mais Estados a depender das circunstâncias do caso concreto. O Estatuto da CIJ prevê duas circunstâncias para intervenção de um Estado em determinado caso litigioso. Não se pode, com isso, dizer que a CIJ permite ações coletivas pois a presença em juízo de três ou mais partes é invariavelmente tida como uma espécie de intervenção de terceiros.

A primeira modalidade de intervenção, prevista no artigo 62, está direcionada para o reconhecimento de títulos ou interesses específicos do terceiro Estado na causa, sendo que este deverá demonstrar com precisão como será afetado pela parte operativa da decisão<sup>289</sup>. A função desta intervenção não é obter um pronunciamento da Corte sobre a reivindicação, mas sim, a de proteger os direitos do Estado interventor através do fornecimento de sua situação jurídica perante os julgadores<sup>290</sup>. A partir deste momento, a Corte determina se o Estado interventor será parte na causa e, conseqüentemente, vinculado à decisão

---

<sup>288</sup> ROSENNE, Shabtai. International Court of Justice (ICJ). In: **Max Planck encyclopedia of public international law**, 2006, p. 6.

Disponível em: <<http://tinyurl.com/n7c8zee>>. Acesso em: 2 Dez 2013.

<sup>289</sup> PACHETTI, Paolo. Opening the international Court of Justice to thirds states: intervention and beyond. In: FROWEIN, J. A.; WOLFRUM, R. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, vol. 6, p. 139-181, 2002, p. 144-145.

<sup>290</sup> Ibidem, p. 147.

nos termos do art. 59 do Estatuto ou não<sup>291</sup>. Neste sentido, o Estado interventor não possuirá *status* de parte na causa e, logo, não terá contra si constituídas obrigações de direito internacional.

A segunda forma de intervenção é prevista no artigo 63 do Estatuto da CIJ e diz respeito as razões que serão utilizadas na decisão a respeito do litígio. Através desta modalidade, os Estados poderão intervir em causas que envolvem a interpretação de Convenção a qual sejam signatários. O acesso à Corte neste caso é automático, ou seja, independente de comprovação de qualquer interesse especial<sup>292</sup> e decorre do objeto da causa que poderá constituir um precedente oficial influenciador do comportamento de todos Estados-Parte daquela Convenção<sup>293</sup>.

À parte de tais sujeitos, a abertura da jurisdição contenciosa para *Non-State Actors* (NSA) é permitida através do parágrafo segundo do artigo 62, que dispõe:

Sobre as causas que lhe forem submetidas, o Tribunal, nas condições prescritas pelo seu Regulamento, poderá solicitar informação de organizações internacionais públicas e receberá as informações que lhe forem prestadas, por iniciativa própria, pelas referidas organizações.

Como se pode observar, a possibilidade de participação nos procedimentos contenciosos não é prevista nem no Estatuto nem no Regulamento da Corte<sup>294</sup>, ainda que nesse último diploma normativo seja explícito, através do artigo 69(4), a determinação do termo “organizações internacionais públicas” como correspondente à organizações internacionais formadas por Estados.

---

<sup>291</sup> BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional**. Belo Horizonte: CEDIN, 2005, p. 371-372.

<sup>292</sup> Ibidem, p. 373.

<sup>293</sup> PACHETTI, Paolo. **Op. Cit.**, 2002, p. 141.

<sup>294</sup> SANTIVASA, Saratoon. **The NGOs' participation in the proceedings of the International Court of Justice**. In: JEAIL, v. 5, issue 2, pp. 377-406, 2012, p. 389.

No entanto, a expressão “organizações internacionais públicas” suscita na doutrina de direito internacional a hipótese da aplicação de uma interpretação ampliada que permita o acesso por intermédio de organizações internacionais compostas de Estados. Isto porque, o artigo 34(2) possui origens no artigo 26 da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) dissolvida em 1946 e predecessora da CIJ.

É sabido que, para conservar a estabilidade e certeza do direito internacional, aproveitar a experiência judicial antecedente é medida salutar para a construção de uma doutrina e jurisprudência consistentes e uniformes, sendo este o motivo pelo qual a CIJ adota substancialmente a doutrina dos precedentes judiciais existente nos países de *common law*. A continuidade substantiva entre a CPJI e a CIJ é prevista pelo artigo 92 da Carta das Nações Unidas, porém, tal dispositivo não é capaz de obrigar os julgadores a seguir determinado precedente da CPJI. Ainda que, não estão eles autorizados a desconsiderar por completo as antigas decisões, devendo aduzir os motivos que o fazem modificar o posicionamento do órgão<sup>295</sup>.

A observação é pertinente uma vez a *International Labor Organization* (ILO) teve acesso à antiga CPJI mesmo não possuindo a natureza da organização intergovernamental e sim, com característica tripartida que congrega tanto Estados quanto não-Estados como membros<sup>296</sup>. No entanto, após a formação da CIJ, no *Asylum Case* (Colômbia v. Peru) em 1950, a Corte rejeitou a oferta de informações relevantes por parte da *International League for the Rights of Man* sob a alegação que tal organização preenchia o requisito de “organização internacional pública”.

Quanto à análise dos *advisory proceedings*, a abertura para participação de ONGs é melhor recebida uma vez que o artigo 66 (2) do Estatuto da CIJ suprime a expressão “público” do termo organizações internacionais e permite tais instituições a atuarem como não-partes. Aqui a CPJI fornece quatro

---

<sup>295</sup> LAUTERPACHT, Sir Hersch. **The international development of international law by the international court**. New York: Cambridge University Press, 1982, p. 13-15.

<sup>296</sup> SANTIVASA, Saratoon. **Op. cit.**, 2012, p. 390.

precedentes de intervenção da ILO<sup>297</sup> e que fortaleceram o posicionamento da CIJ no caso *International Status of South-West African Case* que aceitou a submissão de comunicação por parte da *International League of the Rights of Man*<sup>298</sup>. No entanto, em 1996, a Corte demonstrou que a participação de organização internacionais e ONGs na condição de *amicus curiae* é um decisão discricionária de seus julgadores<sup>299</sup> e rejeitou inúmeras manifestações quanto às opiniões consultivas acerca da Legalidade do Uso de Armas Nucleares propostas pela *World Health Organization* (WHO) e pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

A relutância da CIJ em permitir uma abertura procedimental à ONGs<sup>300</sup>, mesmo em *advisory proceedings*, foi reforçada pela publicação da *Practice Direction XII*, em 2004, que regulamenta a matéria da seguinte forma:

1. Where an international non-governmental organization submits a written statement and/or document in an advisory opinion case on its own initiative, such statement and/or document is not to be considered as part of the case file.
2. Such statements and/or documents shall be treated as publications readily available and may accordingly be referred to by States and intergovernmental organizations presenting written and oral statements in the case in the same manner as publications in the public domain.

---

<sup>297</sup> Competence of the ILO in regard to International Regulation of the Conditions of the Labour of Persons Employed in Agriculture (1922); Competence of the ILO to Examine Proposals for the Organization and Development of the Methods of Agricultural Production (1922); Competence of the ILO to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer (1926) e Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night (advisory opinion of 15 November 1932). Disponível em: <<http://tinyurl.com/khtb9es>>. Acesso em: 4 Jun 2013.

<sup>298</sup> SANTIVASA, Saratoon. **Op. cit.**, 2012, p. 391.

<sup>299</sup> PACHETTI, Paolo. **Op. Cit.**, 2002, p. 165.

<sup>300</sup> SANTIVASA, Saratoon. **Op. cit.**, 2012, p. 394.

3. Written statements and/or documents submitted by international non-governmental organizations will be placed in a designated location in the Peace Palace. All States as well as intergovernmental organizations presenting written or oral statements under Article 66 of the Statute will be informed as to the location where statements and/or documents submitted by international non-governmental organizations may be consulted.

Assim, fica patente que a submissão de informações ou comunicações para tais organizações não detém um verdadeiro caráter de *amicus curiae* uma vez que não há qualquer garantia que a Corte utilize o conhecimento especializado ou mesmo os argumentos ali levantados na ocasião de seu julgamento<sup>301</sup>. A *Practice Direction* XII torna-se então o símbolo da rejeição da CIJ à participação das ONGs uma vez que, caso não utilizados, os documentos depositados no *Peace Palace* permanecem como qualquer outra informação disponível ao público<sup>302</sup>.

#### 4.3 UM BALANÇO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS NO DIREITO COMPARADO: NOVAS PERSPECTIVAS PARA O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Não por mera coincidência o estudo das habilidades jurídicas de outros sistemas jurídicos na composição de seus conflitos pode ser vantajosa. René David já afirmava que “o direito comparado é útil para um melhor conhecimento do nosso direito nacional e para seu aperfeiçoamento”<sup>303</sup>. O aprofundamento do estudo do direito estrangeiro cumpre uma função significativa de renovação da ciência do Direito na qual todos os juristas podem se lançar em busca da compreensão de seu próprio sistema jurídico e seu aperfeiçoamento. Evidentemente o que se pode extrair deste estudo é o método para levantamento de novas técnicas legais para solução de conflitos. Com cautela, deve-se estar atento para as diferenças fundamentais entre os sistemas

<sup>301</sup> SANTIVASA, Saratoon. **Op. cit.**, 2012, p. 395.

<sup>302</sup> Ibidem.

<sup>303</sup> DAVID, René. **Op. cit.**, 1998, p. 5.

comparados e que muitas diferenças entre eles não estão postas em palavras mas no espírito daqueles que vivificam o Direito no cotidiano<sup>304</sup>.

Neste sentido, através do modelo norte americano de *class actions* pode-se extrair considerações relevantes para a expansão do processo civil brasileiro no tocante à tutela coletiva dos direitos difusos, em especial, à condição da legitimidade processual. Como conta a História, o direito estadunidense possui raízes no direito inglês da família da *common law* que “foi formada pelos juízes, que tinham de resolver litígios particulares, e hoje ainda é portadora, de forma inequívoca, da marca desta origem”<sup>305</sup>. Ainda que tenha, ao longo do tempo, o papel da lei aumentado progressivamente, mantém-se ainda muito da sua estrutura original. Em seu período mais primitivo, o direito inglês versava apenas acerca de técnicas processuais utilizadas para compor os litígios, não existindo, em verdade, regras de direito material<sup>306</sup>.

Em função de tal histórico, fica melhor compreendido o papel da *Rule 23* na formação do sistema coletivo processual norte americano. Verifica-se que as reformas operadas, ao longo dos anos foram resposta à jurisprudência aplicada através dos precedentes. Seus termos poderiam permanecer longos períodos sem reformas substanciais – como de fato ocorreu, sendo a reforma de 1966 a única que realmente redefiniu as ações coletivas – uma vez que o próprio preceito remetia ao julgador a formação do melhor juízo quanto à técnica empregada e à parte representante da classe. Através desse juízo discricionário formado por ele acerca de palavras chave como “questões de direito ou fato comuns à classe”, “pretensões típicas da classe”, representação “justa e adequada” ou ainda a definição de qual número tornaria a “impraticável” a litispendência.

Percebe-se com isso, que no sistema norte americano de ações coletivas muito é deixado a cargo de conceitos indeterminados operacionalizados pelos juízos que inserem o conteúdo valorativo a partir da interpretação do caso concreto apresentado à sua frente. Tal liberdade é característica do sistema à qual as *class actions* estão vinculadas e não

---

<sup>304</sup> DAVID, René. **Op. cit.**, 1998, p. 5-11.

<sup>305</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>306</sup> DAVID, René, **Op. cit.**, 2006, p. 7.



ofereceriam, necessariamente, uma vantagem se aplicadas no direito pátrio.

No entanto, no tocante à proteção ambiental, não deixa de ser necessário a utilização de conceitos indeterminados. Uma vez que tratam-se de interesses difusos estreita e extremamente vinculados às situações fáticas, revela-se importante pensar em termos fluídos sem, com isto, comprometer a segurança jurídica. Assim sendo, cabe a reflexão da possibilidade dos juízes brasileiros, inspirados nas *class actions* norte americanas, terem a possibilidade de adotar uma interpretação que vá além da lei de modo a reunir no processo elementos de cunho fático e soluções extralegis.

Do mesmo modo, o modelo europeu pode oferecer condições de aperfeiçoamento do direito brasileiro. Como exposto acima, trata-se de um sistema jurídico que permeia diversos ordenamentos se estabelecendo uma relação de simbiose em que ambos são beneficiados. Ao instituir atos normativos, como por exemplo as Diretivas, a União Europeia almeja elevar o nível dos mínimos existenciais de proteção nos Estados-Membros, para com isso, fortalecer a si própria como um bloco homogêneo com elevando nível de juridicidade dentro dos padrões ocidentais.

A soberania dos Estados-Membros pode constituir tanto obstáculos quanto medidas protetivas aos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros. Como dito acima, a União Europeia detém a finalidade de estabilizar e homogeneizar o tecido normativo que estrutura cada Estado individualmente considerado. Nessa tentativa, irá ela estabelecer diretrizes cujo nível de proteção seja de razoável transposição para todos os países, tanto àqueles com maior desenvolvimento socioeconômico quanto aos que apresentam piores índices nesta categoria.

O dever dos Estados-Membros é produzir o resultado esperado pelo Direito comunitário e não propriamente transpor à seus ordenamentos esse ou aquele direito subjetivo. Do mesmo modo, não espera-se dos Estados-Membros a transposição de normas de processo próprias do bloco, cabendo a cada legislação nacional manter e operar dentro do que considera como devido processo legal. Este fator é, assim, vantajoso para aqueles países nos quais a estrutura judiciária já está preparada para receber litígios de natureza coletiva.

No entanto, certos aspectos do direito comunitário europeu no tocante ao acesso à justiça em matéria ambiental são mais limitados dos que os previstos pela sistemática brasileira. Em decorrência da natureza pública da abordagem jurídica no contexto europeu, a atuação prestacional está limitada à uma abordagem administrativista para resolução das lides acarretando a participação por parte do cidadão na forma de simples fiscalizador da lei. Assim sendo, torna-se ele incapaz de pleitear a nível judicial seus direitos sem antes reportar à Administração Pública o ato ou omissão que originou a pretensão.

Soma-se à isso, a inviabilidade de aplicação direta das Diretivas nas relações jurídicas horizontais, ou seja, entre aquelas formadas entre indivíduos. Logo, ainda que categorias de indivíduos sejam lesadas por outrem que não uma entidade pública não haverá a possibilidade de apreciação da pretensão e formação da causa. São perdas consideráveis que podem repercutir no tratamento atomizado da proteção ambiental ocasionando decisões incoerentes, com participação reduzida e ainda, ineficaz.

No âmbito do direito internacional o *déficit* de participação torna-se ainda maior. Em função da consideração de que apenas os Estados são detentores de personalidade jurídica de direito internacional, não poderá a Corte recepcionar quaisquer casos que envolvam grandes grupos ou entidades paraestatais no pólo ativo. Cabem apenas às organizações internacionais públicas o fornecimento de informações relevantes para uma causa já existente ao passo que mesmo o conceito de “organizações internacionais públicas” possui uma interpretação cristalizada pelo Regulamento da Corte. Nota-se assim, que a presença em causa de atores não estatais constitui ainda uma tendência por demais moderna para a arquitetura do Direito Internacional.

À luz do exposto, observa-se que a participação em juízo determina diferentes cargas valorativas para as regras de legitimidade processual nos ordenamentos jurídicos estudados. Com essa amostragem, pode-se perceber as dificuldades na operacionalização de interesses difusos – em especial, da proteção ambiental – não apenas entre sistemas jurídicos de diferentes origens como também através dos institutos tradicionais de processo civil.

Muito embora tenham tido a oportunidade de julgar casos relevantes para a proteção ambiental a resistência à formação de novos métodos para resolução de seus conflitos é sentida. No entanto, em que pese tais restrições, a proteção ambiental por intermédio da tutela coletiva vêm sendo aperfeiçoada através da abertura trazida pelos conceitos indeterminados empregados pelos juízes.

## 5 A (RE)CONSTRUÇÃO DO PROCEDIMENTO PARA A PREVALÊNCIA DA TUTELA AMBIENTAL

### 5.1 POSITIVISMO, JURISDIÇÃO E INTERDISCIPLINARIEDADE

Conforme o exposto, a ciência jurídica possui objetivos, funções e detém um papel específico a desempenhar. O Direito é um “instrumento de ritualização de conflitos”<sup>307</sup>, construído sob o signo de uma ideologia estabelecida por aqueles que detêm o poder. É através de hábitos de significação<sup>308</sup> que a técnica de controle social é exercida e se transmitem os fundamentos do discurso da filosofia social<sup>309</sup> que propõe modelos ideais de justiça.

No entanto, o texto nunca resume por si a realidade que lhe é subjacente. Representa ele o “cume emergente de um continente submerso”<sup>310</sup> que engana o olhar do observador e exige, para sua total compreensão, o “mergulho” da reflexão crítica. Inobstante tal constatação, por vezes intuitiva, permanecemos atrelados ao pensamento kelseniano que não questiona o conteúdo da norma uma vez que este não é o critério de sua validade. A pureza da ciência jurídica reside na exclusão metodológica de todos os elementos que lhe são estranhos em uma busca acrítica pelo o que é e como é o Direito<sup>311</sup>. Considerando a ciência jurídica e a política como dois sistemas normativos diversos, Kelsen crê no despojamento de valores pelo cientista jurídico no momento da descrição do seu objeto, cabendo apenas à autoridade jurídica “preferir algo na qualidade de justo a algo na qualidade de injusto”<sup>312</sup>.

<sup>307</sup> AGUIAR, Roberto A. R. de. **Op. cit.**, 1990, p. 38.

<sup>308</sup> WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao Direito** -Interpretação da lei: temas para um reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 15.

<sup>309</sup> AGUIAR, Roberto A. R. de. **Op. cit.**, 1990, p. 67.

<sup>310</sup> GROSSI, Paolo. **Op. cit.**, 2010, p. 6.

<sup>311</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 5 ed. São Paulo: São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 1.

<sup>312</sup> KELSEN, Hans. **O que é justiça?: A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes: 2001, p. 364.

Desta forma, o que torna a norma válida para Kelsen é a competência de quem a proferiu e a eficácia mínima que ela detém, pois “a vontade do intérprete deve ser totalmente desvinculada de fatores ideológicos e axiológicos”<sup>313</sup>. O funcionamento destes dois sistemas normativos torna-se imbricado apenas em duas ocasiões: através do processo legislativo<sup>314</sup> que consubstancia nas leis os valores políticos e no julgamento daquele que aplica a lei em decorrência do esquema de interpretação da norma jurídica<sup>315</sup>. No entanto, a adoção do paradigma positivista no Direito é facilmente distorcida pelas características peculiares deste campo do conhecimento.

Ainda em tempo estão os operadores jurídicos se libertando deste que é um dos dogmas mais irrealistas do universo jurídico, qual seja; a sua neutralidade na aplicação da lei. A perda da inocência dá espaço para a politicidade das decisões judiciais, para canais alternativos de acesso à justiça, para movimentos sociais, etc. Dentro deste quadro de (re)discussões do Direito e de seu papel de estabilizador social, surgem novas definições paradigmáticas em diversos setores sociais e estatais. Este fenômeno recebe denominações diferenciadas como globalização, pós-modernidade, fim do milênio, neoliberalismo, etc.<sup>316</sup>. Assim, o que lhes é comum entre tais designações é a constatação da insuficiência as estruturas sociais e estatais erigidas pela arquitetura positivista.

É possível superar o contexto aprisionador do positivismo jurídico através de áreas de conhecimento que sirvam como pontes interdisciplinares entre conhecimento jurídico e extrajurídico.

Nesta perspectiva, um dos dogmas existentes para a manutenção do positivismo jurídico é a criação exclusiva do Direito pelo Estado, mormente pelo poder legislativo; detém o Estado o privilégio da juridicidade. Note-se que antes da descontinuidade provocada pela ruptura iluminista, o direito era regulado através de uma tradição plurissecular de produção jurídica *pelos* e *para* os particulares. A redução dos sujeitos produtores a uma única entidade central provocou – e continua

<sup>313</sup> MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Op. cit.**, 2004, p. 33.

<sup>314</sup> KELSEN, Hans. **Op. cit.**, 2001, p. 364.

<sup>315</sup> KELSEN, Hans. **Op. cit.**, 1997, p. 4.

<sup>316</sup> MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Op. cit.**, 2004, p. 56.

provocando – o abafamento das vozes da ordem social. O ofício do jurista é vestir os “trajes do exegeta de um texto normativo inteiramente estranho ao próprio jurista, pois o mesmo de nenhum modo participou de sua produção”<sup>317</sup>.

Assim, o elemento jurídico atual de maior conotação positivista é a jurisdição (do latim *jurisdictio*) que, sob uma visão publicista, tem como função “dizer o direito”. Ela é o instrumento do Estado para o cumprimento de seus objetivos e está intimamente ligada à identidade construída através das instituições jurídicas historicamente enraizadas<sup>318</sup>. Preponderantemente dependente da natureza do Estado sob a influência do regime político vigente, a jurisdição objetiva a construção dos meios asseguradores dos valores daquela sociedade política<sup>319</sup>. Portanto, como forma de exercício de poder, a jurisdição é o centro de uma ordem normativa cuja abrangência limita-se pelo conteúdo de seu processo político, figurando como símbolo de um modelo cujo formalismo afasta abusos ou desvios de poder que depreciam o objeto da prestação jurisdicional, qual seja, a sua efetividade<sup>320</sup>.

Todavia, a qualificação deste modelo como capaz de afastar as injustiças do abuso de poder não previu o flagrante enfraquecimento do mesmo. Pois, ao se filiar ao paradigma do positivismo jurídico é criado o risco de cisão entre o mundo jurídico e a civilização de fundo, entre o dever-ser e o ser, entre o Direito e a cultura, entre a forma e os fatos. Assim, o distanciamento entre Direito e realidade resulta no déficit de efetividade do texto legal ao qual nada pode o jurista fazer uma vez que seu ofício é limitado a uma função auxiliar<sup>321</sup>. Sendo assim, frente aos direitos emergentes de uma sociedade pós-moderna, Moraes adverte sobre as crises do modelo estatal de jurisdição que colocam em pauta a problemática da efetividade/eficácia da prestação jurisdicional<sup>322</sup>.

<sup>317</sup> GROSSI, Paolo. **Op. cit.**, 2010, p. 3.

<sup>318</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 81.

<sup>319</sup> Ibidem, p. 82.

<sup>320</sup> Ibidem, p. 80-81.

<sup>321</sup> GROSSI, Paolo. **Op. cit.**, 2010, p. 3.

<sup>322</sup> MORAIS, José Luis Bolzan. **Op. cit.**, 2003, p. 76.

Em face de tais dificuldades, avoluma-se a incapacidade de articular os valores jurídicos atuais e conciliá-los, sem, com isto, determinar o império de um destes – único e absoluto – em detrimento dos demais. São evocados vocábulos como lei, código, legalidade, segurança jurídica, hierarquia de fontes, igualdade, separação dos poderes, dentre outros, sem qualquer reflexão crítica, tal qual “um jacobino exaltado por um discurso de Robespierre”<sup>323</sup>.

O restabelecimento do Direito para além do que Santi Romano dizia ser “abraço sufocante do estado”<sup>324</sup> encontra dificuldades em face do reconhecimento de uma nova categoria de direitos, que são os direitos metaindividuais. Estes direitos desafiam a *summa divisio* uma vez que não se consegue encaixá-los nos limites de um direito estritamente público ou mesmo individual. Pairam eles no espaço legítimo que há entre o público e o privado, revelando, assim, a existência de um “ponto médio entre o Estado e o indivíduo: menos do que aquele; mais do que este”<sup>325</sup>.

Desta maneira, exsurge a incompatibilidade entre estes novos direitos – de essência *macrossocial*<sup>326</sup> – e os tradicionais contornos do dogma jurídico da jurisdição. É oferecido ao operador jurídico a oportunidade de retirar do conceito de jurisdição o processo, interpretando-o como um “procedimento em contraditório (princípio fundamental), pois na base de qualquer providência ou medida a ser tomada através dele, sempre estará o procedimento”<sup>327</sup>.

Por este motivo que José Luís Bolzan de Moraes decompõe a crise de do Estado contemporâneo em quatro ordens: crise estrutural, crise objetiva ou pragmática, crise subjetiva ou tecnológica e a crise paradigmática<sup>328</sup>.

Para o autor, a crise estrutural diz respeito ao aspecto temporal pela insuficiência financeira e de infraestrutura que provoca uma demanda quase que estacionária e rompe, assim, com os objetivos pelo qual se dá o processo.

---

<sup>323</sup> GROSSI, Paolo. **Op. cit.**, 2010, p. 8.

<sup>324</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>325</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. cit.**, 2011a, p. 41.

<sup>326</sup> MAZZILLI, Hugo de Nigro. **Op. cit.**, 2012, p. 51.

<sup>327</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Op. cit.**, 2009, p. 102.

<sup>328</sup> MORAIS, José Luis Bolzan. **Op. cit.**, 2003.

Por sua vez, a crise objetiva ou pragmática envolve o distanciamento entre leigos e operadores do direito através da linguagem jurídica que acaba por produzir a antítese da cidadania. Questão esta que se vê, frequentemente, em âmbito de comissões de conciliação, na qual está presente no processo de o esclarecimento de conceitos essenciais do Direito para heterocomposição do conflito.

A crise subjetiva ou tecnológica roga, por sua vez, pela (re)formulação de mentalidades para além do silogismo positivista da subsunção e pela construção de novos caminhos para o acesso à justiça. A possibilidade de novos atores dentro do processo judicial ou mesmo a consideração de interesses de grupos determinados (tutela coletiva) ou não é proposta do pensamento pós-positivista.

Por fim, a crise paradigmática, que interessa neste estudo, sintetiza os indicadores da crescente complexidade dos conflitos atuais e vislumbra a “[...] interrogação acerca da adequação de o modelo jurisdicional atender às necessidades sociais [...]”<sup>329</sup>. Nesta linha, o Direito é construído sem a consideração do princípio da universalização que busca identificar os interesses de todos os afetados, de forma a tornar legítimo da moral que está inserida na norma<sup>330</sup>.

Assim sendo, demonstra-se que o desgaste temporal de um paradigma provoca o esvaziamento de sua eficácia e evidencia a sua inadequação aos desafios do novo tempo. São desenvolvidas zonas nebulosas onde pairam conflitos sem resposta e proliferam quadros desconexos com valores como justiça, solidariedade ou liberdade. Mas por essência, paradigmas não são facilmente descartados e sua manutenção é perpetuada através da capa do formalismo, até o derradeiro momento de transição.

O anúncio da transição paradigmática se perfaz com a força destrutiva da crise, que está relacionada ao que Santos credita como período de transição epistemológica<sup>331</sup>. Segundo o

---

<sup>329</sup> MORAIS, José Luis Bolzan. **Op. cit.**, 2003, p. 76-77.

<sup>330</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. In: **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, pp-241-254, jan-jun, 2006, p. 241.

<sup>331</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Op. cit.**, 2002, p. 55.



autor, o conhecimento empregado na conformação dos limites da crise, a partir da perspectiva de busca de soluções alternativas ao contexto vigente, é elemento integrante da própria crise que se busca desvendar. Logo, a tensão entre criada entre a interpretação do contexto e a crise dessa interpretação gera um conhecimento crítico capaz de criar paradigmas emergentes para sistematizar a interatividade dos planos normativos e sociais.

Portanto, a interdisciplinaridade permite a criação de um novo tipo de conhecimento, que a partir da integração e do diálogo de diversas fontes, permite a articulação de novos saberes<sup>332</sup>. A perspectiva interdisciplinar proporciona a contextualização do conteúdo transmitido estando em sintonia com as necessidades do meio ambiente em juízo.

Uma das formas da inserção da interdisciplinaridade no processo é a da ampliação da participação. Uma característica dos interesses difusos é seu viés participativo que permite ir além do marco patrimonialista na consubstancialização da prestação jurisdicional. Os direitos metaindividuais buscam legitimar a necessidade de grupos não organizados de forma a proporcionar novas ferramentas de jurisdição e um efetivo acesso à justiça<sup>333</sup>.

A ampliação da participação caracteriza, portanto, uma espécie de reapropriação do direito pela sociedade que leva à juízo não apenas suas pretensões, mas inclusive, sua interpretação das normas às quais está vinculada.

Assim sendo, a abertura e flexibilidade da teoria da sociedade aberta de intérpretes está em sintonia com os desafios da transformação do Direito hodierno cuja descoberta dos interesses difusos delinearam novas tendências para o campo do processo civil.

De modo que a contribuição desta teoria para a *práxis* jurídica poderá se extrair da própria característica do direito

---

<sup>332</sup> MASETTO, Marcos Tarcisio. Inovação na aula universitária: espaço de pesquisa, construção de conhecimento interdisciplinar, espaço de aprendizagem e tecnologias de comunicação. In: **Revista Perspectiva**, Florianópolis, v. 29, n. 2, p. 597-620, jul./dez., 2011, p. 602-603.

<sup>333</sup> SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Orgs.). **Aspectos processuais do direito ambiental**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 243.

ambiental cujos enunciados apresentam, muitas vezes, conteúdo indeterminado frente a instabilidade das circunstâncias fáticas as quais tão intimamente se vinculam.

Ainda que se incentive outras jurisdições – paralelas e concorrentes ao monopólio estatal – resta evidente que mesmo o espaço jurisdicional deve se readequar ao momento histórico que compreende o acesso à justiça e a proteção ambiental como um direito fundamental. E como tal, devem ter seus conteúdos axiológicos operados não mais de modo simplista, racional e abstrato, mas sim, em concordância com uma realidade complexa e pluralista.

Se a Constituição se comporta como um mecanismo complexo fundamentado em processos de variação, seleção e estabilização das transformações do Estado no transcurso da história para a garantia o equilíbrio do sistema social<sup>334</sup>, a função do juiz e das partes no processo é estabelecer uma interface entre o Direito e a realidade através da sua interpretação. Neste sentido, muito embora o que se possa concluir à primeira vista, “a prática de uma democracia autenticamente participativa não pode prescindir de um Poder Judiciário forte, responsável e politicamente legitimado”<sup>335</sup>.

Logo, além das partes, também o papel exercido pelo juiz apresenta-se relevante do ponto de vista da realização de uma hermenêutica que reflita o processo civil como instrumento conceitual e concretizador dos interesses por pela operacionalizados. Com aplicação da noção da interdisciplinariedade, todos os participantes do processo poderão conduzir a lide de modo a provocar uma flexibilização das técnicas processuais e consequente realização do escopo da tutela jurisdicional em fornecer uma resposta participativa, adequada e, essencialmente, efetiva.

## 5.2 ATIVISMO JUDICIAL VERSUS O PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

<sup>334</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. As relações entre direito, moral e política sob as perspectivas procedimental-comunicativa e sistêmica: as visões de Habermas e Luhmann. In: DULTRA, Rogério (Org.). **Direito e Política**. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 175.

<sup>335</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. **Op. cit.**, 2003, p. 20.

A manifestação dos julgadores envolve, sobretudo, escolhas. Não que isso signifique arbitrariedade, mas, na verdade, uma valoração e balanceamento próprios de uma discricionariedade comprometida com os resultados práticos e implicações morais desta escolha. Os interesses difusos, em especial a tutela ambiental, exige do magistrado um papel de intérprete que não mais se esconda por de trás da lógica abstrata da literalidade da norma. É conferida uma oportunidade de abertura do plano jurídico à outros campos presentes no mundo fático e determinadores do direito material posto em causa<sup>336</sup>. Esta interpretação pode se valer não apenas dos princípios jurídicos, mas também dos conceitos vagos da lei.

A presença de conceitos vagos em textos legais se justifica em razão do aumento da complexidade social havido nos últimos séculos, que impossibilitou aos códigos cumprirem, sozinhos e detalhadamente, a missão de regular todas as ricas e diversificadas hipóteses geradoras de lide. Nesse desiderato, passaram a ser inseridos conceitos vagos nas legislações exatamente para que, através destes, as demais fontes do direito pudessem, de forma operativamente eficaz, complementar o texto legal e possibilitar interpretar-se o sentido do conceito vago de forma adequada a cada caso concreto<sup>337</sup>.

Os conceitos vagos – também conhecidos como indeterminados ou abertos – representam uma técnica extremamente operativa que capacita o juiz a “tornar a sua decisão mais rente aos casos concretos, bem como proporciona uma duração maior ao texto da lei”<sup>338</sup>.

<sup>336</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Op. cit.**, 1993, p. 53.

<sup>337</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da arguição de relevância? In: **Revista da ESMESC**, v. 12, n. 18, pp. 165-195, 2005, p. 183.

<sup>338</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. In: **Revista de Processo**, ano 34, vol. 172, pp. 121-174, jun., 2009, p. 139.

No tocante à tais conceitos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) já consolidou entendimento, em sede da Súmula 400, no qual não há viabilidade de interposição de Recurso Extraordinário pela letra “a” do art. 101, III, da Lei Maior de decisão que dá razoável interpretação para a lei. Da mesma forma, a Súmula 343 do STF também determina o não cabimento de Ação Rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei quando seu texto estiver baseado em interpretação controvertida nos tribunais.

Saber que a “a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente”<sup>339</sup> é o ponto de partida para romper com o pré-julgamento da insegurança arbitrariedade da politização das decisões. São as circunstância que elevam o papel do juiz em ações de interesses difusos à um juiz criativo, com conhecimentos parajurídicos, buscando, antes de tudo, valores como justiça e da equidade apenas para depois aplicar os preceitos legais<sup>340</sup>. Sem ultraje aos novos poderes atribuídos aos juízes – e aqui se fala em poderes de ordem procedimental – deve-se ter em conta, sobre tudo, que eles deverão agir com responsabilidade permanecendo dentro dos limites legais e observando os múltiplos fatores reconhecidamente aptos a prestar uma tutela jurisdicional efetiva e adequada.

Neste sentido, deve-se levar em conta o peso do fator político na alteração do conceito de processo que não poderá mais “ser entendido como clássico instrumento de solução de lides intersubjetivas, mas transformado em meio de solução de conflitos metaindividuais”<sup>341</sup>.

Rosa Maria de Andrade Nery relembra que o direito dito pelos magistrados origina-se da experiência romana na qual realizavam um complexo trabalho na interpretação das fontes do Direito para formulação da norma jurídica. Justificava-se, à época a tal postura pelo fato da ligação destes sujeitos à vida social, a

---

<sup>339</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Op. cit.**, 1993, p. 53.

<sup>340</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. cit.**, 1997, p. 92.

<sup>341</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Op. cit.**, 2007, p. 28.

cultural em geral posicionando-se o juiz como indivíduo historicamente condicionado<sup>342</sup>.

Ao buscar na teoria de Alessandro Raselli (1975) o conceito para a atividade interpretativa do juiz, a autora apresenta três métodos de interpretação: a) o método lógico tradicional; b) o método da jurisprudência dos interesses ou do direito livre e; c) o método histórico evolutivo. O primeiro dispõe o modelo utilizado hodiernamente no qual o magistrado está adstrito à lei. Por este método, também é permitido ao juiz a elaboração de soluções fundamentadas no sentimento de justiça da consciência coletiva. Através do terceiro método, o direito constitui um produto social em constante transformação sem que haja na lei completude permitindo, assim, a sua modificação pelo magistrado. Por fim, pelo método histórico evolutivo, a consciência coletiva é evidenciada pela jurisprudência e pelo costume e a função do juiz é “recompor o conjunto orgânico do direito. É um *quid médium* entre a interpretação tradicional e do direito livre”<sup>343</sup>.

Frente à tais digressões, Rosa Maria de Andrade Nery se posiciona pela inutilidade da academia em escamotear teorias hermenêuticas e definir o conceito de interpretação sem antes ter a segurança do verdadeiro compromisso do jurista com o fim ético da Ciência do Direito. Assevera a autora que, a fim de evitar o risco da interpretação injusta, “é necessário obrigar o intérprete a enfrentar o contexto, conhecer o pretexto e dizer o texto”<sup>344</sup> na condição de operador comprometido com a vocação ética significadora do labor jurídico.

Tais preocupações são reflexo da cultura judiciária brasileira cujas raízes originam-se no direito codificado e tencionam em permanecer indefinidamente neste *locus* de reprodução irrefletida de comandos. A ratificação da lei como fonte do Direito por excelência deve ainda permanecer no Novo Código de Processo Civil que, através da Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.

---

<sup>342</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.).

**Processo e constituição:** estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 425.

<sup>343</sup> Ibidem.

<sup>344</sup> Ibidem, p. 427-428.

8.046/2010 afirma: “A dispersão excessiva da jurisprudência produz inquietude social e descrédito do Poder Judiciário”<sup>345</sup>. Aduz ainda que o respeito à isonomia decorre da observância da lei por todos e tal casualidade “fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma”<sup>346</sup>.

No entanto, embora necessárias, a desconfiança e prudência na permissão de certas “liberdades” impedem de enxergar a necessidade e legitimidade que um julgamento proativo pode oferecer. São exigências decorrentes de conflitos surgidos nas últimas décadas que provocaram o surgimento do movimento do ativismo judicial cujo objetivo é a obtenção, de forma legitimada pelo contexto sociológico, da efetividade dos dizeres jurídicos e a aproximação da sociedade à seus ideais.

O ativismo judicial, evidente no sistema *common law*, só recentemente tem sido objeto dos estudos no sistema continental. A expressão “ativismo judicial” foi empregada pela primeira vez, em 1947, pelo historiador Arthur Schlesinger Júnior no seu artigo para Revista Fortune chamado “The Supreme Court: 1945”. Embora, seu estudo não tivesse como objetivo a análise desse fenômeno, foi desde então que a noção foi difundida assim como a sua prática.

Caracteriza-se pela sua postura de ruptura dos magistrados com o formalismo da lei e sua neutralidade. O objetivo dessa fuga ao limites estabelecidos em lei se dá pela necessidade – aos olhos do magistrado – em se distanciar das intenções originais do legislador e criar novos modelos de conduta<sup>347</sup>.

O “outro olhar” o qual o estudo do direito comparado proporciona, facilita a criação de novos modelos de conduta e o intercâmbio de seus elementos essenciais. Conforme exposto, a distinção entre os sistemas da *civil law* e *common law* vão, aos poucos, erodindo frente as recíprocas empreitadas adotadas por

---

<sup>345</sup> SENADO FEDERAL, 2010 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. cit.**, 2011, p. 96.

<sup>346</sup> *Ibidem*.

<sup>347</sup> PASSOS, Ana Beatriz da Motta. Meio ambiente e ativismo judicial: o caso raposa serra do sol. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). **Anais do 17º Congresso de Direito Ambiental Planeta Verde**. 2012, São Paulo, p. 162.

cada sistema. Neste sentido, o procedimento recebe a abertura do sistema de gerenciamento de casos cuja base obedece ao brochado inglês do *remedies precede rights*. Além da própria desconstrução do sistema inquisitorial em favor da filiação do sistema adversarial.

E mesmo em sede de direito pátrio, a própria transformação das normas constitucionais que, atualmente, não servem apenas para prescrever normas de conteúdo programático mas apresentam inclusive relevante força normativa – ou seja, dotadas de caráter jurídico imperativo – constitui um dos elementos justificadores do fenômeno do ativismo judicial. De modo que as normas constitucionais vinculam-se não apenas o legislador à sua realização, mas, à seu modo, o Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário) que detêm a incumbência de realizar seus conteúdos e observar os limites materiais negativos nelas definidos<sup>348</sup>.

Da mesma forma, a crise da democracia representativa denota a necessidade de se reunir a lei com a vontade geral que a legitima, outorgando, deste modo, materialidade ao conceito de democracia como não apenas um governo do povo, mas sim, para o povo<sup>349</sup>.

Na lição de Eduardo Cambi:

O pós-positivismo jurídico, ao resgatar a força normativa dos princípios constitucionais, bem como a moderna hermenêutica jurídica, que ressalta sempre o papel criativo do intérprete, reforçado pelas técnicas legislativas que cada vez mais adotam *cláusulas gerais* (como as da boa-fé e das funções sociais do contrato e da propriedade), permitem concluir que o juiz, ao atribuir sentido ao texto da Constituição

---

<sup>348</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 664-665.

<sup>349</sup> Ibidem, p. 667.

ou da lei, constrói a norma jurídica no caso concreto<sup>350</sup>.

E antes que se insurjam, novamente, os ideais revolucionários de 1789, em defesa da separação dos poderes como pedra angular do Estado Democrático de Direito, cabe refletir sobre as consequências que sua estrita observância têm provocado. Atualmente, verifica-se que o Poder Judiciário encontra-se “perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos ‘privados’”<sup>351</sup>. O princípio da separação de poderes, em verdade, somente proporcionará a coexistência de um Judiciário forte com um Executivo forte e Legislativo também forte através de “um sistema equilibrado de controles recíprocos”<sup>352</sup>.

Retirando da experiência da família jurídica da *common law*, o papel do juiz é, portanto, ser aquele que dá sentido à norma de modo a concretizá-la. Tal pensamento é pertinente ao Judiciário brasileiro ao se considerar que “fazer valer a autoridade da prestação jurisdicional é uma das mais evidentes expressões concretas do Estado de Direito e da posição dos juízes de garante último dos direitos e deveres a ele inerentes”<sup>353</sup>. No que diz respeito à tutela ambiental, essa necessidade de atuação proativa do magistrado mostra-se ainda mais relevante frente ao seu estreito vínculo com o interesse público.

Não se pode negar, com isso, a (re)aproximação que se tem verificado entre as tradições jurídicas ocidentais do *common law* e a romano-canônica. A abordagem que Owen Fiss promove, embora feita no contexto do *common law*, é bastante compatível com os anseios (e problemas) da sociedade moderna, guardadas as diferenças entre as tradições jurídicas. O autor afirma, com propriedade, que “*the function of a judge*

<sup>350</sup> CAMBI, Eduardo. **Op. cit.**, 2006, p. 669.

<sup>351</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Op. cit.**, 1993, p. 53.

<sup>352</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>353</sup> Voto do Min. Herman Benjamin. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. N. 947.555/MG. Rel. Min. Herman Benjamin. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras. Julgado em: 18/08/2009. Publicado em: DJe 27/04/2011. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em: 16 mar. 2014.



*is to give concrete meaning and application to our constitutional value*", ou seja, ao Judiciário incumbe a atribuição de sentido e significado aos princípios constitucionais ("*give meaning to our public value*"). Não se trata, por óbvio, de tornar o Judiciário parte ativa na política de grupos de interesse ou o advogado das minorias, mas também não há que se imaginar um Judiciário silente, "neutro" antes as ameaças aos valores constitucionais. A tarefa da jurisdição não é declarar o "certo" ou o "errado" ou simplesmente atribuir significado à lei, mas sim realizar, no caso, o que foi prometido pela Constituição<sup>354</sup>.

Constrói-se, portanto, um movimento que apresenta bases de razoável justificação pois almejam a superação da crise democrática e social que assola a maioria absoluta dos sistemas jurídicos mundiais. Desta forma, a promoção da judicialização da política, irá transformar o papel desenvolvido pelo Poder Judiciário, tornando-o um protagonista proeminente da implementação dos direitos fundamentais.

No entanto, em que pese os diversos argumentos cabíveis para a expansão da interpretação criativa por parte do juiz, esta atividade esbarra em barreiras legais tais como o princípio da congruência entre o pedido e a sentença que é usualmente confundido com o princípio dispositivo.

Presente nos arts. 128 e 460, do Código de Processo Civil (CPC), o princípio da congruência determina que o "juiz não pode agir sem que seja provocado a tanto"<sup>355</sup>. Neste sentido, a

---

<sup>354</sup> ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A refundação do direito processual civil e os três desafios à dogmática processual: a tutela preventiva, a tutela coletiva e a virtualização do Judiciário. In: **Revista de Processo**. São Paulo, ano 37, vol. 203, pp. 207-234, jan., 2012, p. 217.

<sup>355</sup> BRUSCHI, Gilberto Gomes. O princípio da congruência entre o pedido e a sentença e os vícios decorrentes de sua não observância. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimurra**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 434.

sentença é determinada pelos limites da pretensão postulada em juízo pelo autor, às suas causas de pedir e as matérias de defesa arroladas pelo réu. Por sua vez, o princípio dispositivo determina que “o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e alegações em que se fundamentará a decisão”<sup>356</sup>.

Dito isto, deverá existir uma estreita correlação entre a sentença e os elementos objetivos e subjetivos da lide para que não venha ela alcançar sujeito que não tenha sido parte na demanda ou decidir de causa não posta à sua apreciação, indo além do que lhe foi apresentada e podendo, com isso, ferir o contraditório e o devido processo legal.

Quanto aos elementos subjetivos a sentença deverá, portanto, ficar vinculada à causa de pedir e ao pedido. A causa de pedir poderá ser subdividida em próxima e remota, sendo a primeira referente aos fundamentos jurídicos do pedido e a segunda baseada nos fatos constitutivos do direito material pretendido<sup>357</sup>.

Da mesma forma, o pedido – como manifestação de determinada pretensão – também deve ser observado pelo magistrado como um limite à sua atuação. É através dele que o autor fixa o objeto litigioso<sup>358</sup>.

Quando não observado o princípio da congruência as consequências resultarão em três espécies de sentença: *citra* ou *infra petita*, *ultra petita* e *extra petita*.

Caso o juiz decida aquém do que foi pedido a sentença será omissa e assim sendo, eivada de vício podendo ser corrigida Embargos de Declaração (art. 535, II, do CPC)<sup>359</sup>. Tal vício, caso não sanado em sede de embargos poderá ser

---

<sup>356</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Op. cit.**, 2013, p. 73.

<sup>357</sup> BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Op. cit.**, 2011, p. 435.

<sup>358</sup> *Ibidem*, p. 436.

<sup>359</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

cassada por vício de nulidade “declarável *ex officio*, por vício *in procedendo*, quando do julgamento do recurso”<sup>360</sup>.

As sentenças *extra petita* decidem matéria que está fora da abrangência do pedido. Ou seja, quando o autor obtém tutela judicial da qual não solicitou ou ainda, direito material que não constitui objeto da demanda. Nestes casos, deverá ser interposto recurso de Apelação em sede da qual o Tribunal conhecerá de ofício a nulidade e remeterá os autos ao juízo *ad quo* para que profira nova decisão.<sup>361</sup> Na hipótese de versar o pedido exclusivamente acerca de questão unicamente de direito (art. 515, §3º, do CPC) o próprio juízo *ad quem* apreciará desde logo o pedido<sup>362</sup>.

Por fim, em casos de sentença *ultra petita* a violação do princípio da congruência incide na apreciação do juiz para além do pedido demandado. Nestas hipóteses, a sentença aprecia o mérito do que foi requerido porém, estende-se indo além e outorgando mais do que foi pedido.

No entanto, ainda mais que possam ser tidas como nulas cabe lembrar o principal motivo pelo estabelecimento do princípio da congruência e dispositivo no ordenamento processual civil brasileiro. Da lição de Liebman, “a razão fundamental que legitima o princípio dispositivo é a preservação da imparcialidade do juiz, pressuposto lógico do próprio conceito de jurisdição”<sup>363</sup>.

Neste ponto é procedente a crítica de Fernando da Fonseca Gajardoni que demonstra a inconsistência do sistema processual civil em atribuir ao juiz o livre convencimento quanto ao mérito, porém, negar as partes e ao próprio magistrado a

<sup>360</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp N. 798.248/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS. Julgado em: 10.10.2006. Publicado em: DJ 16.11.2006. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em 14 mar. 2014.

<sup>361</sup> BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Op. cit.**, 2011, p. 443.

<sup>362</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 2ª. Câmara de Direito Público. Apelação Cível n. 2005.018194-2, Rel. Des. Jaime Ramos, julgado em: 02.08.2005. Disponível em: <tjsc.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2014.

<sup>363</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Op. cit.**, 2011, p. 45.

escolha quanto ao melhor procedimento a ser adotado pra o caso específico. Nas suas palavras resta a denúncia da visão centralizadora da fonte normativa processual:

Paradoxalmente, nosso sistema permite ao juiz brasileiro, com fundamento no art. 131, do Código de Processo Civil (princípio do livre convencimento motivado), que decida livremente, com base na lei, nas provas e na sua convicção pessoal, sobre a pretensão formulada. Mas não lhe permite, também com base naqueles mesmo elementos, no direito material, nas condições especiais ou na autorização das partes, que opte pela prática de tal ou qual ato processual. Ou seja, permite-se ao juiz liberdade no principal, no julgamento da causa, mas não se lhe concede liberdade no *minus*, isto é, na escolha do melhor *iter* para a condução do processo<sup>364</sup>.

Logo, o princípio da congruência e seus congêneres devem ter sua observância cada vez mais relativizada, uma vez que na hipótese de a ação versar sobre questões matérias públicas a atuação do juiz oficioso é atividade como se impõe como obrigatória e mais acertada no atual contexto do processo civil. O mesmo é válido para direitos indisponíveis, como é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Portanto, considera-se que “as questões de ordem pública podem ser consideradas, do ponto de vista prático, incluídas implicitamente no pedido”<sup>365</sup>. Em suma, o princípio da congruência não deverá ser submetido à matérias de ordem pública, devendo juiz decidi-las sem que, com isso, seja a proferida sentença *ultra* ou *extra petita*.

---

<sup>364</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental:** um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://tinyurl.com/majts6a>>. Acesso em 15 mar. 2014.

<sup>365</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Op. cit.**, 2007, p. 387.

No sistema da tutela coletiva brasileira, tal entendimento reflete o teor do art. 11 da Lei n. 7.347/1985, a Lei da Ação Civil Pública (LACP) que dispõe:

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Da mesma monta, justifica-se a existência de exceções a adstrição do magistrado aos elementos subjetivos e objetivos da demanda uma vez que trata o CPC eminentemente de questões de ordem individual incapazes operacionalizar a judicialização de megaconflitos que acarretam a discussão em juízo sem a presença de todos os interessados ou mesmo sem levantamento de todas as questões atinentes à causa. Nestes casos, não há como restringir a cominação da eficácia das sentenças *inter partes*, muito pelo contrário, deverá ela produzir efeitos subjetivos *ultra partes* ou mesmo *erga omnes*<sup>366</sup> por inferência da sua natureza de interesse público.

Assim sendo, o teor publicista do processo tem retirado o juiz da condição de mero espectador da batalha judicial<sup>367</sup> - cujos poderes diretivos incluem o seu livre convencimento (art. 130 do CPC) – que recebe, atualmente, não apenas o labor de dizer o direito, porém, a vocação de integrar as interpretações de todos os envolvidos agindo como um catalizador da mudança social para a efetividade do Direito em sentido amplo.

### 5.3 EFETIVIDADE E TÉCNICA PROCESSUAL: A ESPECIALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTOS PARA A PREVÂLENCIA DA TUTELA AMBIENTAL

<sup>366</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Op. cit.**, 2011b, p. 84.

<sup>367</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Op. cit.**, 2013, p. 73.

A ampliação dos poderes do magistrado na esfera da tutela coletiva<sup>368</sup> pode estender-se, inclusive, às partes. A combinação dos artigos 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) confere mais poderes ao juiz – e de certa forma, também às partes – especialmente para proporcionar ao processo “maior plasticidade e mais perfeita adequação e aderência às peculiaridades do caso concreto”<sup>369</sup>.

Ambos preceitos infraconstitucionais se prestam para reforçar o comando constitucional do artigo 5º, XXXV que estabelece o direito fundamental da tutela jurisdicional adequada. Neste sentido, “a ação pode ser vista como conjunto das técnicas processuais capaz de atender às necessidades do caso concreto”<sup>370</sup>.

E como a tutela jurisdicional dos interesses difusos merece superar o modelo tradicional de processo – com a adoção de técnicas processuais que permitam a sua adequada proteção<sup>371</sup> – cabe ponderar sobre a distinção entre normas processuais e normas procedimentais.

O processo é uma entidade complexa que, em sentido amplo, “abrange qualquer combinação de atos tendentes a uma finalidade exclusiva”<sup>372</sup>. Por uma acepção mais técnica, pode-se compreender o processo como instrumento estatal para exercício

---

<sup>368</sup> Cumpre ressaltar que a especialização de procedimentos pode ocorrer tanto em sede de prestação jurisdicional individual ou coletiva, bastando apenas a verificação das exigências do caso concreto.

<sup>369</sup> YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Tutela específica antecipatória, pedidos incontroversos e efetividade do processo coletivo ambiental. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Panorama atual das tutela individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimurra**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 256.

<sup>370</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. cit.**, 2012, p. 214.

<sup>371</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Op. cit.**, 2007, p. 28.

<sup>372</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos Estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF): ponto de partida para a releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Panorama atual das tutela individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimurra**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 368.

da jurisdição havendo entre este, o autor e o réu uma relação distinta da relação jurídica material: a relação processual<sup>373</sup>.

Além da perspectiva do processo que organiza os atos processuais existe a relação jurídica processual entre os seus sujeitos, cujas regras destinam-se a possibilitar a administração da Justiça e caracterizam-se por serem puramente processuais. Os deveres, ônus e obrigações das partes, a competência e os poderes do juiz, as atribuições dos auxiliares, a capacidade e modo de exercer a ação pelas condições da ação, pressupostos processuais, o modo no qual se postula ou se defende em juízo ou mesmo os efeitos da própria prestação jurisdicional constituem exemplos dessa relação jurídica processual fundamentada em normas puramente processuais<sup>374</sup>.

A Constituição Federal de 1988 determina a competência privativa da União (art. 22, I) para legislar sobre normas processuais. Assim sendo, apenas através de lei federal temáticas como ação, defesa, contraditório, capacidade e legitimação das partes, disciplina da prova, efeitos da sentença e da coisa julgada, poderão ser instituídas.

No entanto, mesmo normas puramente processuais dependem sua operacionalização através do procedimento. O ato processual não pode sobreviver sem o procedimento que lhe dê forma. Calamandrei já destacava a dificuldade em distinguir normas de processo das de procedimento vez que ambos detêm muita afinidade<sup>375</sup>.

Fredie Didier Júnior defente o procedimento como um ato-complexo no qual o suporte fático é formado por vários atos nos quais o *ato final* define sua natureza e finalidade. Trata-se o procedimento, para o autor, de um conjunto ordenado de atos que almejam certo fim. Em suma, o procedimento pode ser enquadrado na categoria de ato-complexo consubstanciado por “vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo”<sup>376</sup>. Deste modo, processo e procedimento apresentam-se interrelacionados, sendo que:

---

<sup>373</sup> Ibidem.

<sup>374</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Op. cit.**, 2011, p. 369.

<sup>375</sup> Ibidem, p. 370.

<sup>376</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11 ed. 1 v. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 246.

O estudo do *ato processual* não pode ignorar essa constatação: há o ato-complexo *procedimento*, verdadeiro substantivo coletivo (como o cardume, a penca e o enxame), pois exprime a idéia de coletividade, conjunto de atos que pode ser estudado como *unidade*, assim como há cada *um dos atos do procedimento* (petição inicial, citação, contestação etc.), que têm a sua própria individualidade e também podem ser estudados isoladamente. É possível estudar o comportamento de um *cardume* ou de um *peixe*. É possível estudar o *processo* como *unidade* ou cada uma das *unidades* que compõem o processo<sup>377</sup>.

O procedimento pode ser definido, portanto, como “o processo em sua dinâmica”<sup>378</sup> de maneira que expressa a forma em que esse atua em juízo. Como rito do processo, o procedimento constitui a sequência em que se realizam atos viabilizadores da jurisdição, a cadeia e relação entre tais atos de acordo com as variáveis exigidas pelo direito material em causa ou pelas necessidades previstas pelo legislador. Neste sentido, pode-se afirmar que:

O procedimento, sempre em contraditório (pois, por hipótese, o pronunciamento final do órgão judicial interferirá na esfera jurídica de outrem) é impregnado dos valores e garantias próprios de cada sociedade, com atendimento aos sobreprincípios fundamentais da segurança e da efetividade e emprego de técnicas que visam a uma realização mais adequada das finalidades próprias de cada processo<sup>379</sup>.

<sup>377</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie, **Op. cit.**, 2009, p. 246.

<sup>378</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Op. cit.**, 2011, p. 371.

<sup>379</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 761.



Fernando da Fonseca Gajardoni resgata em Cernelutti a metáfora da escada para descrever as diferenças e o elo essencial entre as normas processuais e procedimentais. Para o processualista italiano, imaginando-se o processo como uma escada seria o procedimento os degraus que a conformam, podendo variar na sua forma e tamanho porém tendo como sentido, sempre, o mesmo do processo: a obtenção da tutela. Logo, sem o procedimento o processo torna-se um instituto amórfico e indefinido pois é a partir do procedimento que se estrutura a relação jurídica processual. Portanto, “os atos, suas formas, as posições subjetivas (ativas e passivas) e a dimensão temporal do processo (os prazos)” oferecem a modelagem do processo de acordo as suas necessidades<sup>380</sup>.

Em síntese, tem-se que enquanto o processo é um instrumento de atuação da Jurisdição, para o exercício do direito de ação e de defesa, composto como regra, de inúmeros atos processuais que o levam do pedido inicial ao final provimento, o procedimento é o modo, a maneira, como esses diversos atos processuais se combinam em contraditório (sua ordem, forma, prazo e tempo), algo que é determinado pela lei ou por circunstâncias ligadas às pessoas ou à causa<sup>381</sup>.

Assim sendo, as normas procedimentais dividem-se entre as puramente e acidentalmente procedimentais. As primeiras são aquelas servem para orquestrar o “procedimento processual estritamente considerado, isto é, a combinação dos atos processuais entre si e a sua relação”<sup>382</sup>. Já as normas acidentalmente processuais servem para disciplinar os institutos previstos nas normas processuais.

O estudo conceitual do procedimento serve para delimitar o âmbito de incidência dos chamados **negócios jurídicos processuais**, que, que estão presentes no art. 158 do Código de

---

<sup>380</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Op. cit.**, 2011, p. 371-372.

<sup>381</sup> Ibidem, p. 373.

<sup>382</sup> Ibidem, p. 370.

Processo Civil. A parca aplicação deste preceito – em muitos casos utilizado apenas na renúncia do direito de recorrer ou produzir mais provas – esconde o potencial dos negócios jurídicos processuais para a especialização do procedimento e consecução de uma efetiva e justa tutela prestacional<sup>383</sup>.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery apresentam o seguinte conceito de negócios jurídicos processuais:

Na seara do direito processual civil, por certo, a possibilidade de os efeitos jurídicos dos atos praticados pelas partes serem ditados pela vontade dos autores da declaração de vontade é bem menor, obviamente, do que no direito privado, onde as relações jurídicas têm objeto jurídico, em regra, disponível. Contudo, no processo, existe a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais. É o caso de a parte desistir da ação (CPC 267 VIII); revogar mandato conferido ao seu advogado (CPC 44); transacionar em juízo (CPC 269 III). Os dois primeiros casos são identificados como de negócio jurídico processual unilateral. O último como de negócio jurídico processual bilateral, ou contrato processual<sup>384</sup>.

Por esta linha de raciocínio, vislumbra-se que os negócios jurídicos permitem a realização de atos processuais a partir da vontade das partes. Esta singela abertura na atuação do elementos subjetivo sob o processo permite a otimização da prestação jurisdicional e em certos casos – como os conflitos de

---

<sup>383</sup> Cumpre ressaltar que a adequação e a especialização de procedimentos nos casos concretos é um gênero do qual os negócios jurídicos processuais constituem-se espécie. Enquanto para estes a realização de atos procedimentais se dá por ato volitivo e acordo das partes, na especialização de procedimentos tal adequação também poderá ser realizada pelo magistrado, independentemente da atuação e vontade das partes.

<sup>384</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 425.

teor difuso – podem constituir um diferencial para a efetividade da tutela do direito pretendida.

Logo, a discussão que se perfaz aqui não diz respeito à transação do direito material pretendido no litígio, mas sim, quanto as formas em que o processo operacionaliza tal pretensão. Portanto, quando em debate direitos difusos, a questão da sua titulariedade indisponível não seria capaz de opor às partes e ao juiz a realização de negócios jurídicos processuais, visto que

O direito subjetivo e a pretensão não se confundem com ação, que é, por sua vez, um *plus*. Enquanto o direito subjetivo e a pretensão tendem à prestação, a ação supõe combatividade e, pois, tende não à prestação, mas a efeito jurídico específico. Pode mudar a legislação quanto ao direito subjetivo, sem que mude quanto à ação, ou vice-versa<sup>385</sup>.

Assim sendo, o negócio jurídico processual pode ser realizado mesmo quando em discussão conflitos ambientais, visto que o a titulariedade do direito material em questão não constitui seu objeto. O que, em verdade, transaciona-se em sede de negócios jurídicos processuais diz respeito aos elementos procedimentais que conformam o processo. Desde que não sejam estipulados atos defesos em lei ou que ofendam princípios, poderão as partes convencionarem para que, em conjunto com o juiz, dêem bom andamento à causa

É afinado nesta nova mentalidade que encontra-se em tramitação o Projeto de Lei n. 8.046/2010 que apresenta o novo Código de Processo Civil. Na sua fase inicial, a Comissão de Juristas presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, estabelece como objetivos como a “exclusão da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, tornando-a matéria de mérito”<sup>386</sup>, a inclusão (em tópico

<sup>385</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Camplinas: Bookseller, 1998, p. 108.

<sup>386</sup> BRASIL. Ato n. 379 de 2009 do Presidente do Senado Federal, p. 6. Disponível em: <<http://tinyurl.com/qbbua6u>>. Acesso em 21 mar. 2014.

específico) da legitimidade para agir prevendo como seu instrumento um incidente de coletivização para as demandas de massa e, ainda, ampliando os poderes do juiz para “adequar as fases e atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa”<sup>387</sup>.

Logo, pretende-se uma simplificação do procedimento de modo a viabilizar, dentre outras questões, a adequação procedimental. Percebe-se, pois, uma transformação na forma de administrar a lide cuja inspiração advém do sistema inglês de gestão de processos e procedimentos; também conhecido como *case management powers*<sup>388</sup>.

O sistema é orientado pelo princípio fundamental da *common law* do controle do processo pelas partes (*adversarial system*) que deve ocorrer através de um envolvimento judicial ativo<sup>389</sup> cuja função é a garantia de justiça para os procedimentos<sup>390</sup>. Parte-se do ponto de vista que as partes e o juiz detêm uma responsabilidade compartilhada na gestão da causa de modo a incentivar a cooperação e o acordo, estimular o deslinde da causa por meios alternativos de resolução alternativa de conflitos de modo que o a causa se resolva com celeridade e eficiência econômica. Assim sendo, deve o juiz “auxiliar as partes a encontrarem um termo comum visando ao acordo do processo”<sup>391</sup>, estabelecer as questões prioritárias do respectivo caso de modo a “estipular cronogramas e controlar o progresso das ações”<sup>392</sup>.

É nesta perspectiva que traz o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil medidas inovadoras para a administração do processo e do procedimento. Especificamente para este, o documento dispõe acerca da possibilidade de modificação, até a sentença, dos pedidos e da causa de pedir, desde que preservado o contraditório. O objetivo é obter através do

---

<sup>387</sup> Ibidem, p. 6

<sup>388</sup> ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 89.

<sup>389</sup> Ibidem, p. 59.

<sup>390</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>391</sup> Ibidem, p. 112.

<sup>392</sup> Ibidem.

processo tudo o que for possível, demonstrando-se, com isto, o escopo da efetividade da tutela jurisdicional. O destaque, no que tange o presente estudo, é a maior relevância dada ao juiz dentro processo na condução dos procedimentos. Para o futuro diploma processual civil, “tem o juiz o poder de adaptar o procedimento às peculiaridades da causa”<sup>393</sup> o que remete, sem dúvida, para a possibilidade de adequação do procedimento em face das características do caso concreto.

Esta mudança legislativa não ocorre por acaso. Vem a jurisprudência atuando ativamente na formação de precedentes que especializem o procedimento ao caso concreto. Neste sentido, são inúmeros os exemplos em que há a possibilidade de, em juízo, ter o procedimento especializado ao caso concreto. Colaciona-se, abaixo o Agravo Regimental em Agravo no Recurso Especial, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. LUCROS CESSANTES AMBIENTAIS E DANO MORAL. FEITO EXTINTO, COM FULCRO NO ART. 269, I, DO CPC. DECISÃO RECORRÍVEL MEDIANTE A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO. PRODUÇÃO DE EFEITOS SUBSTITUTIVO E DEVOLUTIVO, QUANTO ÀS MATÉRIAS IMPUGNADAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO PARA O SEU DEBATE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM. CONVICÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUANTO À NECESSIDADE DA PRODUÇÃO PROBATÓRIA.

1. A sentença que extingue o feito, com fundamento no art. 269, I, do CPC, é decisão recorrível mediante a interposição de recurso de apelação.

---

<sup>393</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 30. Disponível em: <<http://tinyurl.com/2938884>>. Acesso em 21 mar. 2014.

2. O recurso de apelação produz efeito devolutivo, devolvendo toda a matéria impugnada ao Tribunal - na espécie, debate a respeito de cerceamento de defesa -, que a analisará e poderá formar sua convicção, de forma independente daquela firmada pelo Juízo primevo, prolatando decisão que substituirá, para todos os efeitos, a da sentença.

3. Dado por incontroverso o panorama fático-jurídico da demanda, e diante da plausibilidade do direito envolvido e da verossimilhança quanto às alegações traçadas, tem-se por correto o raciocínio jurídico adotado pelo Tribunal de origem, que, reconhecendo o cerceamento de defesa, anulou a sentença e devolveu os autos à primeira instância com a finalidade de que se promovesse a produção probatória que se fizesse necessária para apuração dos fatos alegados.

4. Agravo regimental não provido.<sup>394</sup>

Aqui, como se vê, o agravante provoca a Corte a se manifestar sobre a dilação probatória autorizada pelo juízo *ad quo* em razão da necessidade de fortalecimento do substrato probatório da causa que tratava da ocorrência de dano ambiental pela construção de terminal flexível de gás liquefeito na Baía de Guanabara, Estado do Rio de Janeiro. Discutia-se, em especial, a indenização de lucros cessantes ambiental e dano moral à comunidade de pescadores artesanais que no local auferiam seu sustento e atividade econômica. Além da flexibilização do regime procedimental da preclusão, no julgado, restou mantida a decisão pelos argumentos por esta esposados, cabendo destaque o a natureza ambiental da causa e o princípio colaborativo, conforme se depreende dos seguintes trechos:

---

<sup>394</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta turma. Rel. Min. Raul Araújo. Agravante: Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás Agravado: Amilton de Oliveira Alves e outros. Julgado em: 05/12/2013. Publicado em: DJe 03/02/2014. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em 19 mar. 2014.

Tal dilação, que no caso se mostra essencial, não se fez, deixando os autos à míngua de elementos indispensáveis à resolução do conflito, tanto que a sentença enunciou como fundamentação de sua conclusão a falta de prova; prova cuja produção o próprio Juízo impediu, a despeito do disposto no art. 400 do CPC. **Há de ser observado o princípio da cooperação, de modo que o julgador, na condução do processo, assegure às partes oportunidade para esclarecimentos sobre suas alegações e pedidos, bem como as previna quanto a eventuais deficiências postulatórias.**

A dilação probatória, que no caso se mostra essencial, não se fez, deixando os autos à míngua de elementos indispensáveis à resolução do conflito, tanto que a sentença enunciou como fundamentação de sua conclusão a falta de prova, cuja produção o próprio Juízo impediu, a despeito do disposto no art. 400 do CPC. O princípio de cooperação impõe que o julgador, na condução do processo, garanta às partes oportunidade para esclarecimentos sobre suas alegações e pedidos, bem como as previna quanto a eventuais deficiências.

No mesmo sentido, o entendimento de que a sentença pode superar o disposto pelo princípio postivado da congruência é de grande valia para a seara ambiental. O pronunciamento de sentenças *extra petitas* recebe outra perspectiva quando aplicado o processo civil de interesse público na salvaguarda da tutela ambiental. Esta foi a motivação da seguinte decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - ERRO MATERIAL RECONHECIDO PELA SENTENÇA - AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA RECURSAL DA PARTE CONTRÁRIA - RELATIVIZAÇÃO DA NORMA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - PRELIMINAR QUE SE CONFUNDE COM O

MÉRITO - PRELIMINAR DE CASSAÇÃO DA SENTENÇA REJEITADA. Se a sentença reconhece a presença de erro material a possibilitar o julgamento do processo com a análise meritória, incabível se mostra a sua cassação ao fundamento de julgamento de causa diversa, posto que, além da preliminar se traduzir em questão meritória afeta ao erro material, ressoa ainda, que não há insurgência recursal da parte contrária e inócorre prejuízo para as partes, possibilitando-se pois, o julgamento com base no princípio da relativização da norma. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS AMBIENTAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NULIDADE DA SENTENÇA. VÍCIO EXTRA PETITA. CASSAR. - A sentença afastou a causa de pedir aduzida pela autora e combatida pela ré, apreciando, por consequência, direito diverso do pleiteado. Assim, deve ser reconhecida a nulidade da sentença por padecer do vício acima mencionado.

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS AMBIENTAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. REQUISITOS PRESENTES. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS. VALOR COMPENSATÓRIO MANTIDO. A responsabilidade decorrente de danos ambientais é objetiva, a teor do disposto no art. 14, § 1º da Lei nº. 6.938/81, recepcionada pelo art. 225, § 3º da Constituição Federal. Tal responsabilidade prescinde, pois, da idéia de culpa e funda-se na idéia de que a pessoa que criou o risco deve reparar os danos oriundos do seu empreendimento. Desse modo, evidenciados o dano e o nexo causal entre este e a atividade desenvolvida pela apelante, não há como afastar a responsabilidade e o conseqüente dever de indenizar. O valor compensatório atende a contendo a dor e angústia experimentados, compensando de



forma satisfatória os apelados e atendendo, ainda, ao caráter punitivo, servindo de exemplo para a apelante, a fim de compeli-la a ser mais cuidadosa no desempenho de sua atividade.<sup>395</sup>

Extraí-se importantes trechos que demonstram que a argumentação aplicada ao caso aplica um procedimento especializado através do princípio da relativização das normas. Nesta linha, extraí-se do julgado:

Por fim, até mesmo pela aplicação do princípio da relativização das normas, impõe-se o julgamento do feito diretamente com análise meritória, porquanto o único prejuízo que poderá ocorrer para as partes é de ordem temporal, já que, na suposta improcedência, certamente nova ação será proposta, repetindo-se tudo o que já restou produzido nestes autos, apenas com o diferencial no "erro material" que ora se discute, de que o local do suposto dano seria a loja comercial e não a residência.

Por fim, um exemplo histórico de adaptação procedimental é a aplicação do instituto previsto no art. 6º., VIII, do Código de Defesa do Consumidor para as causas que envolvam interesses difusos. Neste sentido, inobstante a legislação ser específica para causas consumeristas, consolidou-se entendimento majoritário da imposição do ônus da prova à aquela parte que melhor puder suportá-lo. Tem-se por precedente o seguinte arresto:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL –  
AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL  
– ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS

---

<sup>395</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível N. 1.0439.07.071764-0/001. 13ª. Câmara Cível. Apelante: Maria Lúcia Rodrigues. 2º Apelante: Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. Apelado: Mineração Rio Pomba Cataguases. 2º. Apelado: Maria Lúcia Rodrigues. Rel. Des. Alberto Henrique. Julgamento em: 12/04/2012. Publicado em: 17/04/2012. Disponível em: <tjmg.jus.br>. Acesso em: 19 mar. 2014.

PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

1. Fica prejudicada o recurso especial fundado na violação do art.

18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia.

2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes.

3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução.

4. Recurso especial parcialmente provido.<sup>396</sup>

Assim sendo, adota o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do informativo n. 404 de 2009, o seguinte entendimento:

Trata-se da inversão do ônus probatório em ação civil pública (ACP) que objetiva a reparação de dano ambiental. A Turma entendeu que, nas ações civis ambientais, o caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado – e não eventual hipossuficiência do autor da demanda em relação ao réu – conduz à conclusão de que alguns direitos do consumidor também devem ser estendidos ao autor daquelas ações, pois essas buscam

<sup>396</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª. Turma. REsp N. 972.902/RS. Rel. Min. Eliana Calmon. Recorrente: Recorrido: . Julgado em: 25/08/2009. Publicado em: DJe 14/09/2009. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em 19 mar. 2014.

resguardar (e muitas vezes reparar) o patrimônio público coletivo consubstanciado no meio ambiente. A essas regras, soma-se o princípio da precaução. Esse preceito que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o nexo causal entre determinada atividade e um efeito ambiental nocivo. Assim, ao interpretar o art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei n. 7.347/1985, conjugado com o princípio da precaução, justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente lesiva o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento.

Portanto, cumpre ressaltar que a adequada tutela ambiental deve prevalecer inobstante o percurso processual erigido pelos procedimentos escolhidos genérica e abstratamente pela lei. Assim sendo, outra comunicação da legislação consumerista para a tutela dos direitos difusos se dá através do quesito da legitimidade processual.

A Lei da Ação Civil Pública de 1985 elencou para o seu rol de legitimados, dentre outros, as associações civis. Para tanto, determinou que tais entes estivessem constituídos há pelo menos um ano, de acordo com o disposto pela lei civil procurando, assim, prevenir a formação de associações para a finalidade da propositura da ação judicial<sup>397</sup>. Nos idos dos anos 90, com a promulgação da Lei 8.078, o direito consumerista se estabeleceu um novo requisito para admissibilidade do litígio desta classe: a pertinência temática das associações civis. Logo, para a tutela dos interesses do consumidor, deve constar nos fins institucionais da entidade a defesa dos interesses daquele grupo (art. 82, IV, CDC).

A comunicação de tal preceito legal para o reconhecimento de legitimidade de associações civis para tutela do direito ambiental se deu de forma automática, visto que o artigo 21 da Lei da Ação

<sup>397</sup> AKAOU, Fernando Reverendo Vidal. O objeto de tutela da ação civil pública e sua correlação com o rol de legitimados. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A Ação civil pública após 25 anos**, p. 215-230, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 227.

Civil Pública permite a aplicação do código consumerista para a responsabilização por danos causados ao meio ambiente. Em que pese tal previsão, o legislador ordinário, por via da Lei n. 11.448/2007, decidiu explicitar tais critérios ao incluir o inciso V ao art. 5º. da LACP que dispõe:

- V - a associação que, concomitantemente:
- a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
  - b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Ocorre que, em muitos casos, o objeto da lide não é bem compreendido pela corte, que realiza uma leitura equivocada quanto à natureza jurídica do pleito. Muitas vezes, tal análise proporciona um erro de julgamento quando à condição da legitimidade para ação. Foi o que ocorreu no julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª. Região que negou legitimidade ativa à uma entidade civil de pescadores que buscavam indenização pelos prejuízos ambientais causados pelo empreendimento de Itaipu.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ASSOCIAÇÃO. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE PESCADORES. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ILEGITIMIDADE. 1. As associações não têm legitimação extraordinária para a defesa de interesses individuais homogêneos, exceto dos consumidores e os que forem defendidos pela via do mandado de segurança coletivo. Situação em que associação de pescadores postula indenização em favor dos substituídos, pelos prejuízos que sofreram em suas profissões, devido à construção da barragem de Itaipu, e da conseqüente redução da quantidade e das espécies de peixes que habitavam o leito do Rio Paraná. Ilegitimidade da autora, pois a substituição

processual é a exceção, exigindo o Código de Processo Civil, no art. 6º, a expressa autorização legal, que, na espécie, inexistente. Possibilidade da defesa dos mesmos direitos, mediante legitimação ordinária, inclusive, com esteio no art. 5º, inc. XXI, da Constituição Federal. 2. Nega-se também legitimidade à associação, quanto ao pedido cumulado, de condenação da ré em obrigação de fazer, consistente no repovoamento do Lago Itaipu, com a recuperação da piracema e do estoque de peixes anteriormente existente, pois, embora esteja o pedido fundado na preservação do meio ambiente, interesse difuso, cuja defesa judicial é admitida às associações, havendo pertinência de objeto (Lei 7.347/85), a provável necessidade de recuperação da fauna ictiológica não se limita a atender aos interesses dos pescadores, a fim de garantir uma melhor facilidade de comercialização. 3. O interesse difuso a ser perseguido pelos legitimados é muito maior que o aqui defendido, pois a preservação do meio ambiente, que envolve fatores outros que os peixes, pode ser até prejudicial a um conjunto de pescadores da região, mas ser benéfica em relação a uma coletividade maior. O impacto havido com a construção da barragem não pode ser examinado exclusivamente sob o prisma dos efeitos sobre os pescadores. Tal significaria tratar de direito difuso de maneira segmentada, e à vista de condições individuais. 4. Apelação desprovida.<sup>398</sup>

No caso, o órgão colegiado entendeu que a defesa deveria se dar na forma de uma representação legal, “o que significa um retrocesso no que se refere à *legitimatío ativa ad causam* dos

---

<sup>398</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª. Região. Terceira Turma. Apelação Civil n. 2000.04.01.106290-3. Rel. Des. Taís Schilling Ferraz. Julgado em: 26/11/2002. Publicado em: DJ 18/12/2002. Disponível em: <trf4.jus.br>. Acesso em 19 mar. 2014.

corpos intermediários”<sup>399</sup>, negando, ainda, a o sistema coletivo estabelecido pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Porém, a jurisprudência têm evoluído e começa a reconhecer a dinâmica dos direitos difusos nas ações coletivas. A própria natureza jurídica destes começa a ser melhor compreendida a partir do seu caráter público e da relevância social que lhe é característica. Neste sentido, em voto proferido pelo Min. Herman Benjamin, fala-se até na distinção entre a relevância social objetiva e subjetiva assim compreendida:

A relevância social pode ser objetiva (decorrente da própria natureza dos valores e bens em questão, como a dignidade da pessoa humana, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a saúde, a educação) ou subjetiva (afiorada pela qualidade especial dos sujeitos – um grupo de idosos ou de crianças, p. ex. – ou pela repercussão massificada da demanda)<sup>400</sup>.

Com isto, o entendimento jurisprudencial recentemente acolhido pelos Tribunais Superiores apresenta-se cada vez mais no sentido de, não apenas compreender as peculiaridades da legitimidade ativa nas ações coletivas, como facilitar a sua operacionalização por intermédio da especialização de procedimentos. O critério temporal adotado pela Lei da Ação Civil Pública – que exige o lapso temporal de um ano para a constituição da associação – está sendo cada dia mais flexibilizado frente às exigências do caso concreto.

A dispensa desta exigência, frente à legítima atuação de uma associação civil de moradoras, fez com que a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça flexibilizasse este procedimento em detrimento do acesso à justiça e da proteção ambiental. Sendo assim decidido:

<sup>399</sup> DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Op. cit.**, 2009, p. 88.

<sup>400</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp N. 347.752/SP. Rel. Min. Herman Benjamin. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Liderança Capitalização S/A. Julgado em: 08/05/2007. Publicado em: DJe 04/11/2009. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em 19 mar. 2014.

AÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. REQUISITOS TEMPORAL. DISPENSA. POSSIBILIDADE. DIREITO INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA.

1 - É dispensável o requisito temporal da associação (pré-constituição há mais de um ano) quando presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

2 - O §3º. do art. 103 do CDC é norma de direito material, no sentido de que a indenização decorrente da violação de direitos difusos, destinada ao fundo especial previsto no art. 13 c/c o art. 16 da Lei no 7.347/85 não impede eventual postulação ao ressarcimento individual (homogêneo) devido às vítimas e seus sucessores atingidos. Esse dispositivo não retira da associação o interesse (necessidade/utilidade) de ajuizar a ação coletiva própria, em face de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, buscando a proteção do meio ambiente e a prestação de assistência médico-hospitalar.

3 - Recurso especial não conhecido.<sup>401</sup>

Assim sendo, a evolução histórica das teorias da ação é, hoje, revisitada quando em discussão ações de cunho coletivo. Os institutos processuais e sua imbricação com o direito material detêm enorme relevância quando se compreende que mudança estrutural que os conflitos coletivos *lato sensu* – em especial, os de cunho difuso – apresentam como resultado da complexa estrutural social em que se vive.

Enrico Liebman assevera que todos os atos procedimentais detêm o mesmo objetivo formal, qual seja, o de preparar “o ato

<sup>401</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp. N. 706.449/PR. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Recorrente: Proquigel Química S/A. Recorrido: Associação dos moradores do Jardim Cristal e Jardim Marambaia. Julgado em: Publicado em: 26/05/2008. DJe 09/06/2008. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em 20 mar. 2014.

final que complementar<sup>402</sup> e encerrará o procedimento”. Através de um efeito cascata, os atos procedimentais se encaminham transmitindo o peso da carga processual do destino final que é o provimento. Por este motivo o derradeiro ato que encerra o procedimento possui eficácia externa.

O procedimento, que pode ser realizado pelo rito comum (ordinário ou sumário) está inserido no âmbito da competência legislativa concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal conforme disciplina do artigo 24, XI da Constituição Federal.

Se intencionalmente ou não o constituinte originário promulgou tal liberdade aos demais entes federados não se saberia afirmar, mas o fato é que tal preceito constitucional permite superar o mito da uniformidade procedimental que constitui resquício das teorias abstrativistas da ação. Neste sentido, permite-se uma saída para a pseudociência que insiste na uniformidade procedimental ao negar as diferenças entre posições sociais e situações decorrentes do direito material.<sup>403</sup>

Frente a constitucionalização do direito processual e, mesmo, através da reaproximação deste ao substrato jurídico que lhe dá sentido – através da tendência concretista do direito de ação – as normas procedimentais devem ser “capazes de permitir a obtenção de formas de tutelas jurisdicionais adequadas às necessidades dos casos concretos”. A adoção de um único procedimento ordinário engessa a possibilidade de flexibilização das técnicas processuais para outorga de uma tutela do direito adequada.

No entanto, cabe refletir se é apropriado a instituição de leis estaduais ou do Distrito Federal estabelecendo cada qual uma modalidade de procedimento para sua circunscrição. Não se fala aqui através de argumentos de cunho federalista e centralizador do poder, mas sim, tendo em vista a finalidade essencial do processo: a tutela jurisdicional efetiva e adequada.

Impende observar que a abertura dada pelo texto constitucional mantém o *modus operandi* da família jurídica romano-germânica de solucionar os conflitos através da fórmula geral e abstrata estampada em lei. Ante o exposto ao longo do

---

<sup>402</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio, 2002 *apud* GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Op. cit.**, 2011, p. 373-374.

<sup>403</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. cit.**, 2010, p. 43.



estudo, observa-se que tal sistemática apresenta fissuras insuperáveis quando aplicadas em face de interesses difusos, especialmente, no caso da tutela do meio ambiente.

Se considerarmos até este ponto já foram relativizados as noções tradicionais de interesse público, ação, jurisdição e processo, aparenta ser correto que defender a criação de códigos de procedimentos processuais cíveis estaduais denota brutal incoerência com o que têm defendido a doutrina.

O que apresenta-se relevante é a readequação processual, o estabelecimento de procedimentos adequados e a conformidade das técnicas processuais para melhor predispor o direito material que lhe dá sentido.<sup>404</sup> Ao legislador, o seu grande desafio é a “concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva é a construção de técnicas processuais capazes de tutelarem os direitos materiais”<sup>405</sup>.

Portanto, não cabe pedir ao legislador regional a realização de tais feitos à menos que possuam eles uma função genérica capaz de dar início a uma mudança de postura do Judiciário brasileiro. Não é possível a previsão em lei de todas as circunstâncias que futuramente serão exigidas pelo direito material posto em causa. Da mesma forma, mesmo que antecipadas, o “legislador estaria sempre atrasado em relação às necessidades de tutela do direito material”<sup>406</sup>.

É nesta linha de raciocínio que a tendência da especialização de procedimentos vem a ser a mais apta a conciliar a ideologia da efetividade trazida pelo processo civil moderno, as necessidades do direito material ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a experiência cultural e histórica que permeia a prática forense atual.

Assim, a chamada especialização de procedimentos não deve ser concebida como a necessidade da criação de um procedimento especial previsto em lei para cada espécie de direito, o que não seria factível pela diversidade de direitos existentes – embora conveniente na medida

---

<sup>404</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Op. cit.**, 2006, p. 761.

<sup>405</sup> CAMBI, Eduardo. **Op. cit.**, 2006, p. 675.

<sup>406</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Op. cit.**, 2010, p. 435.

do possível –, mas sim como a necessidade de se adaptar os procedimentos segundo os casos concretos e conforme a demanda dinâmica dos respectivos feitos. Logo, a especialização de procedimentos ora defendida não se liga apenas ao raciocínio legislativo de justificação de normas, mas sim, e principalmente, à lógica operativa de aplicação e adaptação dos procedimentos às vicissitudes das situações concretas.<sup>407</sup>

A corresponsabilidade na resolução das lides que envolvem interesses difusos exige um comprometimento daqueles que administram a justiça no espaço criado pelo processo. Assim, além da efetiva tutela jurisdicional, a ação ganha nova forma e sujeitos pois extrapola a representatividade direta das partes do processo para todos aqueles interessados sejam atingidos ou estejam por serem.

Portanto, em se tratando da tutela ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a viabilização da criação ou alteração de determinados procedimentos fundamenta-se não apenas na obrigatória busca pela tutela jurisdicional efetiva, mas igualmente, pela concretização do interesse público de preservação do bem comum.

A perspectiva procedimental dos direitos fundamentais pode ser materializada através da interpretação do direito em face da realidade transformando não apenas o juiz<sup>408</sup>, mas também as partes em um canal de comunicação. A prerrogativa constitutiva da interpretação “opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e a sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida”<sup>409</sup>. E como tal, a interpretação do caso concreto poderá ser exercida sob as instituições procedimentais do processo de modo a torná-las especializadas para sua adequada, efetiva e justa tutela.

---

<sup>407</sup> LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012b, p. 62.

<sup>408</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. O poder judiciário e o meio ambiente. In: **Revista dos Tribunais**, ano 24, vol. 631, maio, 1988, p. 143.

<sup>409</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Op. cit.**, 2006, p. 763.

A prevalência da tutela ambiental através da especialização de procedimentos apresenta-se, portanto, como uma resposta ao novo horizonte do Direito moderno que pretende-se completo através da realização de valores como efetividade e participação. O conteúdo público dos interesses difusos e a existência de múltiplos atores capazes de contribuir como intérpretes da norma desenham a nova faceta de um ordenamento jurídico cada vez mais conectado com as camadas histórico-culturais que fundamentam a sociedade. Pois é a isto que se propõe o Direito.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente observa-se que a natureza complexa dos direitos ambientais permite redefinir os parâmetros propostos pelo processo civil tradicional. A intrínseca conflituosidade de tais demandas e ainda, a sua relevância social marcam seus litígios pela complexidade do mundo real e exigem novas orientações. O acesso à justiça materialmente considerado e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constituem direitos fundamentais a serem defendidos pela sociedade dentro do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, é oferecida a teoria da sociedade aberta aos intérpretes da constituição como contribuição para tornar o moderno processo civil mais pluralista e procedimentalmente aberto e flexível.

A influência exercida pela racionalidade científica do positivismo jurídico levou expoentes como Windscheid, Muther, Plósz, Degenkolb, Wach e Liebman à refletir sobre o direito de ação a partir de uma mentalidade reducionista. Através de uma perspectiva crítica deve-se enxergar a ação como canal estruturante do direito material tutelado. A tutela de direitos deverá se apropriar da complexidade dos direitos subjetivos em debate e não mais negá-los frente à sua autonomia. Mais que considerar as condições da ação como critérios de validade para o exercício do direito de ação ou atinentes ao mérito da causa, deve-se atentar que o objetivo do processo é invariavelmente a realização do direito material que lhe serve de substrato. Mais do que ressarcir o dano ambiental é aplicar tutelas específicas para a realização de um nível ótimo de recomposição ambiental. É senão esta a razão para a aproximação do processo civil aos direitos fundamentais, em especial, ao acesso à justiça e direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para tanto, a necessidade de expansão da participação na busca por soluções efetivas e adjudicadas em sede de processos coletivos leva a uma reconstrução da natureza jurídica do processo e do instituto da legitimidade processual. De maneira que, a faceta de tal instituto por entre sistemas jurídicos diversos leva a concluir que não há no direito pátrio a aplicação completa de todo o potencial dos sujeitos da relação jurídica processual.

A necessidade de resgatar os profundos substratos que compõe a sociedade e com isto, relativizar a jurisdição e seu monopólio estatal, levam a concluir que fenômenos como o

ativismo judicial não se mostram mais do que apenas consequências da modernidade sobre o Direito. Até quando continuará apenas se adaptando normas e institutos processuais sem que se desconfigure totalmente o sistema e sua teoria? Através de uma nova perspectiva do processo civil de interesse público é possível facilitar a realização dos direitos fundamentais de acesso à justiça e do meio ambiente equilibrado. Abandona-se, assim, a estrita aplicação do princípio da congruência e renasce o livre convencimento do magistrado que deve transbordar para as partes em causa provocando um processo cooperativo e apto à oferecer uma resposta prestacional dentro do regime do devido processo legal. Uma resposta à tal visão é a especialização dos procedimentos que oferece o poder, ao magistrado, de ir além do que prevê a lei e construir um procedimento atinente ao caso concreto.

Tem o direito comparado oferecido inúmeras lições para realização de uma boa justiça. Especialmente no tocante ao elemento subjetivo da ação, é possível contemplar variados critérios procedimentais de legitimação e validade da causa, sem com isto, constituir-se qualquer afronta ao contraditório. No direito norte americano, encontra-se a representação adequada enquanto que o direito comunitário europeu preserva a autonomia de cada Estado-Membro através de um sistema de documentos normativos de variadas categorias. Nestes, a proteção ambiental é realizada a partir do elenco *numerus clausus* das hipóteses configuradoras do ilícito ambiental. Por fim, o sistema internacional não queda distante do europeu uma vez que a atuação das partes – que devem necessariamente ser Estados – está atrelada ao desígnio da corte julgadora.

O sistema da legalidade das formas<sup>410</sup>, o qual se filia o processo civil brasileiro, pressupõe todas etapas do procedimento como aquelas fixadas em lei. Situação esta que se precisa modificar em razão da crescente valorização dos direitos fundamentais pela legislação ordinária. A proximidade dos valores fundamentais ao Estado de Direito – aqui destacados o acesso à justiça e o meio ambiente ecologicamente equilibrado – levam a necessidade de adaptação desta sistemática para realização de um processo civil guiado pelo signo da participação e da efetividade.

---

<sup>410</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Op. cit.**, 2007.

A especialização de procedimentos contempla, portanto, uma solução adequada à tutela ambiental eficiente e participativa do ponto de vista do processo civil de interesse público. Neste sentido, a construção e reconstrução dos procedimentos em sede de prestação jurisdicional poderá servir como ferramenta para a expansão dos intérpretes das normas e consequente aperfeiçoamento da técnica processual.

Como um método que supera os ditames da literalidade da lei, a especialização de procedimentos é capaz de oferecer uma ruptura com os dogmas do positivismo jurídico de modo a adequar o conteúdo valorativo programado pela Lei Maior. Neste sentido, a interpretação dos sujeitos da relação jurídica processual é capaz de manifestar-se através da especialização de procedimentos que dão nova leitura à noção de jurisdição e ação. A busca por um processo civil colaborativo resulta do interesse público que embasa tanto o direito fundamental à tutela jurisdicional eficiente e justa quanto o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A inspiração no direito comparado e a própria decisão política do constituinte originário pela prevalência de tais direitos permite vislumbrar novas possibilidades para a sua operacionalização. A aproximação das normas de procedimento aos atores envolvidos na trama processual civil tem como clímax a construção de técnicas processuais capazes de oferecer soluções eficientes e participativas.

Portanto, o presente estudo está tudo menos concluído. A temática da especialização dos procedimentos permite ainda refletir sobre os limites e prerrogativas de sua atividade. Neste sentido, cabe mesmo indagar sobre a competência legislativa concorrente estabelecida constitucionalmente aos Estados. Vislumbra-se a possibilidade de tal técnica obter melhores resultados se praticada em âmbitos mais reduzidos, como o local ou mesmo independentemente da circunscrição definida por lei.

Cabe ao leitor, portanto, ponderar, baseado em toda sua experiência, e não apenas com o universo jurídico em que atua, no sentido de reconhecer a procedência ou improcedência dos questionamentos levantados no presente estudo. Mesmo porque, é ao leitor se oferece a possibilidade de influenciar na construção de uma prestação jurisdicional efetiva e participativa do ponto de vista do interesse público. Cabe a todos a responsabilidade pela manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado

para as presentes e futuras gerações. Assim, a escolha que se impõe é pela forma em que se dará a sua defesa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. **Processo civil ambiental**. 4 ed. reform. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, Poder e Opressão**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Alfa-omega, 1990.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. O objeto de tutela da ação civil pública e sua correlação com o rol de legitimados. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A Ação civil pública após 25 anos**, p. 215-230, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad.: Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ARMELIN, Donaldo. Processo civil e interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Trad.: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BECK, Ulrich. 2010. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad.: Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.



BODNAR, Zenildo. A sociedade de risco e os novos desafios para a jurisdição. In: **VII Jornada Luso-Brasileira de Direito do Ambiente**, 2010, Florianópolis. Anais da VII Jornada Luso-Brasileira de Direito do Ambiente. Florianópolis/Lisboa: UFSC/ILP, 2010, v. 7.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. 5. ed Bruxelles: Comissão Européia, 2000.

BUENO, Cássio Scarpinella. A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo. In: **Revista de Processo**, v. 88, ano 22, pp. 185-207, out-dez, 1997.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional**. Belo Horizonte: CEDIN, 2005.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. O princípio da congruência entre o pedido e a sentença e os vícios decorrentes de sua não observância. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Panorama atual das tutela individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimurra**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. As relações entre direito, moral e política sob as perspectivas procedimental-comunicativa e sistêmica: as visões de Habermas e Luhmann. In: DULTRA, Rogério (Org.). **Direito e Política**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMPOS, João Mota de.; CAMPOS, João Luiz Mota de. **Manual de direito comunitário**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 395, ano 104, pp. 209-224, jan-fev, 2008.

\_\_\_\_\_. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

\_\_\_\_\_. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão: Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de Lógica Jurídica**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CRUZ, Branca Martins da. Avanços e retrocessos do direito do ambiente na Europa comunitária: análise crítica da directiva 2004/35/CE relativa à responsabilidade ambiental. In: **Lusíada**: revista de ciência e cultura. Porto, n. 1-2, pp. 267- 288, 2004.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Ação civil pública e meio ambiente**: teoria geral do processo, tutela jurisdicional e execução. São Paulo: Saraiva, 2009.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **O direito inglês**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DAWALIBI, Marcelo. Ação civil pública, escolhas políticas e litigiosidade. In: MILARÉ, Édís (Coord.). **A Ação civil pública após 25 anos**, p. 591-603, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11 ed. 1 v. Salvador: JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. O poder judiciário e o meio ambiente. In: **Revista dos Tribunais**, ano 24, vol. 631, maio, 1988.

ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A refundação do direito processual civil e os três desafios à dogmática processual: a tutela preventiva, a tutela coletiva e a virtualização do Judiciário. In: **Revista de Processo**. São Paulo, ano 37, vol. 203, pp. 207-234, jan., 2012.

FARIA, José Eduardo. A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social, p.79-90. São Paulo: RT, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo**: instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A competência constitucional dos Estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF): ponto de partida para a releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Panorama atual das tutela individual e coletiva**: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimurra. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Flexibilidade procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://tinyurl.com/majts6a>>. Acesso em 15 mar. 2014.

GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In: **Revista de Processo**, n. 108, ano 27, pp. 61-70, out-dez, 2002.

\_\_\_\_\_. Legitimidade para agir em ações coletivas. In: **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 14, pp. 52-66, abril-jun, 1995.

GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do meio ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, n. 59, ano 15, pp. 23-47, jul-set, 2007.

GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Rì Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

KEGEL, Patrícia Luíza. Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. In: BARRAL, Welber (Org.) **Tribunais internacionais**: mecanismos contemporâneos de soluções de controvérsias. p. 155-176. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 5 ed. São Paulo: São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. **O que é justiça?**: A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução: Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes: 2001.

KHAGRAM, Sanjeev; SALEEM, H. Ali. In: CONCA, J. P. K.; FINGER, M. (Eds). **The crisis of global environmental governance**: towards a new political economy of sustainability. London and New York: Routledge, 2008.

KRELL, Andreas J. Interesse público (primário) e interesses difusos no direito ambiental o aspecto "político" de sua concretização. In: **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 63, p. 11-36, jul., 2011.

LAMY, Eduardo de Avelar. Condições da ação na perspectiva dos direitos fundamentais. In: **Revista de Processo**, v. 34, n. 173, pp. 95-128, jul. 2009.

\_\_\_\_\_. Definindo a jurisdição e o foro competentes nos contratos de transporte marítimo. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Panorama atual das tutela individual e coletiva**: estudos em

homenagem ao professor Sérgio Shimurra. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Repercussão geral no recurso extraordinário: a volta da arguição de relevância? In: **Revista da ESMESC**, v. 12, n. 18, pp. 165-195, 2005.

\_\_\_\_\_. TEMER, Sofia Orberg. A representatividade adequada na tutela de direitos individuais homogêneos. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, ano 37, pp. 167-189, abr., 2012a.

\_\_\_\_\_. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012b.

LAUTERPACHT, Sir Hersch. **The international development of international law by the international court**. New York: Cambridge University Press, 1982.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. DANTAS, Marcelo Buzaglo (Orgs.). **Aspectos processuais do direito ambiental**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

\_\_\_\_\_. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da

distinção entre regras e princípios. In: **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, pp-241-254, jan-jun, 2006.

MASETTO, Marcos Tarcisio. Inovação na aula universitária: espaço de pesquisa, construção de conhecimento interdisciplinar, espaço de aprendizagem e tecnologias de comunicação. In: **Revista Perspectiva**, Florianópolis, v. 29, n. 2, p. 597-620, jul./dez., 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 25 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES JÚNIOR, Manoel de Souza. Teorias sobre ação: uma falsa polêmica. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MILARÉ, Édis. Amplitude, limites e perspectivas do Direito do Ambiente. In: MARQUES, José Roberto (org.). **Sustentabilidade e temas fundamentais de Direito Ambiental**. Campinas: Millennium Editora, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Camplinas: Bookseller, 1998.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação Civil Pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Temas de filosofia do direito: decisão, argumentação e ensino**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes. FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor**

José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Princípios constitucionais do processo civil no âmbito recursal. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. Decisões urgentes em matéria ambiental. In: **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 47, pp. 94-104, fev. 2007.

PACHETTI, Paolo. Opening the international Court of Justice to thirds states: intervention and beyond. In: FROWEIN, J. A.; WOLFRUM, R. **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, vol. 6, p. 139-181, 2002.

PASSOS, Ana Beatriz da Motta. Meio ambiente e ativismo judicial: o caso raposa serra do sol. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). **Anais do 17º Congresso de Direito Ambiental Planeta Verde**. 2012, São Paulo.

PELLET, Alain. Remarks on proceedings before the international court of justice. In: VECCHIO, Angela Del. **New international tribunals and new international proceedings**. Roma: Giuffrè, 2006.

PRIEUR, Michael. **Droit de l'Environnement**. 2 ed., Paris, Dalloz, 1991.

OEHLER, Ulla. Environmental Liability and GMOs in the EU and in Germany. In: **Exeter Papers in European Law**, n. 15. Exeter: Centre for European Legal Studies, 2004.

RICHE, Flávio Elias; FERREIRA, Natália Braga. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: limites e possibilidades de aplicação à realidade constitucional brasileira. In: **Revista Sequência**, n. 60, p. 257-274, jul., 2010.

ROQUE, André Vasconcelos. **Class actions** – Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos apreender com eles?. Salvador: Jus Podivm, 2013.

ROSENNE, Shabtai. International Court of Justice (ICJ). In: **Max Planck encyclopedia of public international law**, 2006, p. 6. Disponível em: <<http://tinyurl.com/n7c8zee>>. Acesso em: 2 Dez 2013.

SANTIVASA, Saratoon. **The NGOs' participation in the proceedings of the International Court of Justice**. In: JEAIL, v. 5, issue 2, pp. 377-406, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl.: 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHIRJVER, Nico. **The evolution of sustainable development in international law: inception, meaning and status**. Martinus Nijhoff, 2008.

SILVA, Karine de Souza. **Direito da comunidade europeia: fontes, princípios e procedimentos**. Ijuí: Unijuí, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e ideologia. In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 110, ano 28, pp. 19-36, 2003, abr-jun.

\_\_\_\_\_; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Orgs.). **Aspectos processuais do direito ambiental**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: **Ação Civil Pública**, Lei 7.347/1985, 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 441-457, 2002.



ZANETI JÚNIOR, Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. In: **Revista Videre**, Dourados, n. 3, ano 2, pp. 101-116, jan-jun, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. In: **Revista de Processo**, ano 34, vol. 172, pp. 121-174, jun., 2009.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao Direito - Interpretação da lei: temas para um reformulação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: **Revista de Processo**, São Paulo, n. 34, ano IX, pp. 197-206, abr-jun, 1984.

\_\_\_\_\_. **Cognição no processo civil**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

WINTER, Gerd *et al.*. Diretiva da comunidade europeia sobre responsabilidade ambiental. In: WINTER, Gerd (Org). **Desenvolvimento sustentável, OGM e responsabilidade civil na União Europeia**. Tradução: Carol Manzoli Palma. Campinas, SP: Millennium, 2009.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Tutela específica antecipatória, pedidos incontroversos e efetividade do processo coletivo ambiental. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Panorama atual das tutela individual e coletiva**: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimurra. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Ação civil pública: aspectos evolutivos e tendências. Protagonismo, integração e gestão participativa dos conflitos. Legitimidade e efetividade do processo decisório. In: MILARÉ, Édís (Coord.) **Ação Civil Pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2011.

## ANEXO I

### **RULE 23 – FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE<sup>411</sup>**

(a) **PREREQUISITES.** One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

- (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;
- (2) there are questions of law or fact common to the class;
- (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
- (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(b) **TYPES OF CLASS ACTIONS.** A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

- (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of:
  - (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or
  - (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;
- (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or

---

<sup>411</sup> FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE. Rule 23. Disponível em: <<http://tinyurl.com/dx9bjhc>>. Acesso 17 fev. 2014.

(3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:

- (A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;
- (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;
- (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and
- (D) the likely difficulties in managing a class action.

(c) CERTIFICATION ORDER; NOTICE TO CLASS MEMBERS; JUDGMENT; ISSUES CLASSES; SUBCLASSES.

(1) *Certification Order.*

(A) *Time to Issue.* At an early practicable time after a person sues or is sued as a class representative, the court must determine by order whether to certify the action as a class action.

(B) *Defining the Class; Appointing Class Counsel.* An order that certifies a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses, and must appoint class counsel under Rule 23(g).

(C) *Altering or Amending the Order.* An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment.

(2) *Notice.*

(A) *For (b)(1) or (b)(2) Classes.* For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct appropriate notice to the class.

(B) *For (b)(3) Classes.* For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language:

- (i) the nature of the action;
- (ii) the definition of the class certified;
- (iii) the class claims, issues, or defenses;

- (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires;
- (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion;
- (vi) the time and manner for requesting exclusion; and
- (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).

(3) *Judgment.* Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action must:

- (A) for any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), include and describe those whom the court finds to be class members; and
- (B) for any class certified under Rule 23(b)(3), include and specify or describe those to whom the Rule 23(c)(2) notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be class members.

(4) *Particular Issues.* When appropriate, an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues.

(5) *Subclasses.* When appropriate, a class may be divided into subclasses that are each treated as a class under this rule.

#### (d) CONDUCTING THE ACTION.

(1) *In General.* In conducting an action under this rule, the court may issue orders that:

- (A) determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument;
- (B) require to protect class members and fairly conduct the action giving appropriate notice to some or all class members of:
  - (i) any step in the action;
  - (ii) the proposed extent of the judgment; or
  - (iii) the members' opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action;

(C) impose conditions on the representative parties or on intervenors;

(D) require that the pleadings be amended to eliminate allegations about representation of absent persons and that the action proceed accordingly; or

(E) deal with similar procedural matters.

(2) *Combining and Amending Orders.* An order under Rule 23(d)(1) may be altered or amended from time to time and may be combined with an order under Rule 16.

(e) **SETTLEMENT, VOLUNTARY DISMISSAL, OR COMPROMISE.** The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise:

(1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal.

(2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate.

(3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal. (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.

(5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.

(f) **APPEALS.** A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule if a petition for permission to appeal is filed with the circuit clerk within 14 days after the order is entered. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders.

(g) **CLASS COUNSEL.**

(1) *Appointing Class Counsel.* Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court:

(A) must consider:

- (i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action;
- (ii) counsel's experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action;
- (iii) counsel's knowledge of the applicable law; and
- (iv) the resources that counsel will commit to representing the class;

(B) may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class;

(C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney's fees and nontaxable costs;

(D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney's fees or nontaxable costs under Rule 23(h); and

(E) may make further orders in connection with the appointment.

(2) *Standard for Appointing Class Counsel.* When one applicant seeks appointment as class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23(g)(1) and (4). If more than one adequate applicant seeks appointment, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class.

(3) *Interim Counsel.* The court may designate interim counsel to act on behalf of a putative class before determining whether to certify the action as a class action.

(4) *Duty of Class Counsel.* Class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class.

(h) **ATTORNEY'S FEES AND NONTAXABLE COSTS.** In a certified class action, the court may award reasonable attorney's

fees and non-taxable costs that are authorized by law or by the parties' agreement. The following procedures apply:

(1) A claim for an award must be made by motion under Rule 54(d)(2), subject to the provisions of this subdivision (h), at a time the court sets. Notice of the motion must be served on all parties and, for motions by class counsel, directed to class members in a reasonable manner.

(2) A class member, or a party from whom payment is sought, may object to the motion.

(3) The court may hold a hearing and must find the facts and state its legal conclusions under Rule 52(a).

(4) The court may refer issues related to the amount of the award to a special master or a magistrate judge, as provided in Rule 54(d)(2)(D).

(As amended Feb. 28, 1966, eff. July 1, 1966; Mar. 2, 1987, eff. Aug. 1, 1987; Apr. 24, 1998, eff. Dec. 1, 1998; Mar. 27, 2003, eff. Dec. 1, 2003; Apr. 30, 2007, eff. Dec. 1, 2007; Mar. 26, 2009, eff. Dec. 1, 2009.)